

AI. Nº - 299130.0002/07-8
AUTUADO - JOSÉ RAMOS DE SOUZA DE DIAS D'ÁVILA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17.09.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0273-04/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. a) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS Infração parcialmente caracterizada. b) MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração parcialmente caracterizada. Arguição de decadência não acolhida. Não havendo antecipação de pagamento, não se fala em lançamento por homologação, mas em lançamento de ofício, que poderia ocorrer neste caso, até 31.12.2007. Pagamento comprovado de parcela da exigência. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/12/07 e exige ICMS no valor de R\$ 4.155,00, acrescido da multa de 50%, em razão das seguintes irregularidades:

01. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), relativo ao mês de fevereiro/setembro de 2002 - R\$ 3.680,00.
02. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Microempresa, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), relativo ao período outubro de 2002 a abril de 2004 - R\$ 475,00.

O autuado, em impugnação apresentada, fls. 42/43 dos autos, diz que tendo em vista os artigos 173 e 174, CTN, o período de janeiro a setembro de 2002 está alcançado pela decadência/prescrição, em consequência, o valor de R\$ 3.680,00 não pode ser objeto de lançamento fiscal.

Com relação ao período de novembro 2002 a abril de 2004, o débito lançado já foi devidamente quitado, tendo em vista os pagamentos feitos na fatura de energia elétrica.

Pede seja acolhido o pedido de decadência e indeferido o presente auto com relação ao segundo período.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 62/64, diz que o auto em questão ocorreu em face requerimento de baixa cadastral. Tentou, de forma infrutífera, vários contatos com o requerente, até que encaminhou intimação via AR (aviso de recebimento), efetivado em 07.11.07. Diante do não comparecimento do autuado procedeu ao exame da situação fiscal da empresa utilizando-se das informações nos sistemas da Fazenda.

Quanto às alegações do autuante esclarece que o autuado apresentou pedido de baixa em 28.03.2007, intimado em 07.11.2007 e constituição do crédito em 27.12.2007. Em função de não ter atendido a intimação, verificou nos sistemas da Fazenda e percebeu que de janeiro a outubro de 2002, o contribuinte esteve cadastrado na condição de empresa de pequeno porte, não constando qualquer pagamento relacionado a esse período.

Diz que a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SIMBAHIA, estabelece um valor mínimo a ser recolhido pelas empresas de pequeno porte que não poderá ser inferior ao valor fixado para as microempresas. Tal dispositivo ampara a cobrança do ICMS, nesse período. Não cabe a alegação

de decadência pelo autuado, em função do que estabelece o parágrafo único, art. 965 RICMS, que transcreve. Com relação aos comprovantes de pagamentos, diz que não foram apresentados os meses de novembro e dezembro 2002 e janeiro 2004.

Finaliza, dizendo que o auto é parcialmente procedente.

O autuado volta a se pronunciar, segundo diz, em impugnação às alegações do autuante. Diz que não contesta a constituição do crédito pelo lançamento em 27.12.2007, nem o conteúdo do auto. Diz que sua impugnação para o período janeiro/setembro/02 tem foco na “prescrição do crédito tributário com base no art. 150 do CTN”. Transcreve o art. 150, CTN e seus parágrafos. Insiste que, conforme art. 150 § 4º CTN, em o termo A QUO do prazo para homologação é cinco anos contados da ocorrência do fato gerador e não do primeiro dia do exercício seguinte àquele que a autoridade poderia (recusando a homologação) efetuar o lançamento de ofício.

Afirma ainda que este dispositivo tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias tendo o fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador para homologar expressa ou tacitamente o pagamento realizado. Que esta regra é especial em relação à regra geral do art. 173, I, CTN, ocorrendo quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade fazendária.

Assevera que, no caso concreto, a dívida é relativa a ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte efetuou antecipadamente o pagamento, ainda que em valor menor, extinguindo o crédito fiscal sob condição resolutória (art. 150, § 1º CTN). A homologação ocorreu tacitamente, porquanto não houve manifestação do fisco no prazo de cinco anos contados do fato gerador e não do primeiro dia do exercício seguinte.

Reitera seja acolhido o pedido de decadência e indeferido o presente auto com relação ao segundo período.

VOTO

Cuida o presente Auto da exigência de infrações relativas à falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), relativo ao mês de fevereiro/setembro de 2002 e também da falta de recolhimento na condição de Microempresa, relativo ao período outubro de 2002 a abril de 2004.

Na defesa apresentada, o autuado contestou que a infração 01 não pode ser objeto de lançamento fiscal porque alcançado por decadência/prescrição, tendo em vista os artigos 173 e 174, CTN (Código Tributário Nacional). Com relação ao período de novembro 2002 a abril de 2004, o débito lançado já foi devidamente quitado, tendo em vista os pagamentos feitos na fatura de energia elétrica. Volta a reiterar seu entendimento acerca da decadência, balizando as duas regras do instituto contidas no art. 150, § 4º CTN e art. 173, I, também do CTN, em resposta à posição do autuante que informou não caber a alegação do autuado, em função do que estabelece o parágrafo único, art. 965 RICMS BA.

Antes, cabe distinguir que o lapso temporal aqui em discussão está no campo material da decadência e não da prescrição como equivocadamente invocou o autuado, realizando certa confusão entre os institutos. No direito tributário, o CTN, ainda que ambos sejam causa de extinção do crédito tributário (art. 156, V), diferenciou decadência e prescrição, tratando da primeira no art. 173 e da segunda no art. 174. O que se depreende é de que existe a decadência do direito de lançar, ou seja, de constituir o crédito tributário, nos prazos estabelecidos no primeiro dispositivo acima, enquanto a prescrição relaciona-se, posteriormente, com o exercício da ação de cobrança pelo Fisco do crédito tributário já devidamente constituído.

Com relação à decadência, trata-se de instituto aplicado ao sistema tributário como forma extintiva de direito subjetivo da Fazenda Pública, constante numa relação jurídico tributária. Nasce em razão da omissão do sujeito ativo em proceder ao lançamento tributário. O prazo de

decadência existe para que o sujeito ativo constitua o crédito tributário, não sendo atingido pela perda do direito de lançar. Os dois comandos vinculados à temática geral da decadência foram trazidos pelo sujeito passivo, no do art. 173, I e o outro do art. 150, § 4º, ambos do CTN.

O art. 173, I CTN, que é a regra geral albergada, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; já o art. 150, § 4º, prevê como início da contagem a data do fato gerador. Nos dois casos, soma-se a um desses *dies a quo* o prazo de cinco anos. Quer o autuado que em seu caso seja aplicada a regra excepcional do art. 150, § 4º, porque a dívida é relativa a ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação e foi efetuado antecipadamente o pagamento, ainda que em valor menor, extinguindo o crédito fiscal sob condição resolutória ((art. 150, § 1º CTN).

Discordo do entendimento defensivo. A aplicação da regra especial não está vinculada ao lançamento por homologação, próprio do ICMS, mas se o pagamento do tributo devido foi feito de forma acertada pelo sujeito passivo antecipadamente. Homologa-se a apuração que tenha sido feita pelo contribuinte, com base na qual foi antecipado o respectivo pagamento. Pois, a partir do momento em que o contribuinte apura o montante do tributo e antecipa o pagamento, a Fazenda, em discordando do valor, pode deixar de homologar a apuração e efetuar de ofício a sua revisão. No caso concreto, não houve apuração, não houve a antecipação do imposto. O contribuinte apenas pagou, no exercício 2002, o mês de janeiro (fl. 11), justamente por isso, esse mês não está lhe sendo cobrado.

Portanto, o objeto da homologação do art. 150, § 4º é a atividade do sujeito passivo no sentido de determinar e quantificar a prestação tributária. Não sendo alcançada pelos efeitos da homologação, a operação que não foi incluída nesse procedimento, como ocorre em relação ao ICMS, cuja apuração para fins de pagamento abrange inúmeras operações, cada uma constituindo-se por si só fato gerador do imposto. Rejeitada, assim, a preliminar de decadência.

No caso em tela, não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direito (de ofício), previsto no art. 149, V, CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I, CTN. Precedente citado do RESP 445.137-MG, DJ 1º/9/2006. Rejeitada, assim, a preliminar de decadência.

Superada a questão decadencial, confirma-se a procedência da infração 01, com a observação que farei no final, considerando-se que por força do Decreto 8.149 de 14.02.02, com efeitos a partir do dia seguinte, o pagamento mensal mínimo a ser efetuado pela empresa de pequeno porte não poderia ser inferior ao fixado para microempresas, na ordem de R\$ 460,00. Ressalve-se, no entanto, que no período agosto e setembro/02, o contribuinte passou para a condição de NORMAL, conforme histórico de atividade econômica, apenso à fl. 29, passando para a condição de microempresa, a partir de 01.10.02. Nesse interregno de dois meses, não será cabível a exigência do pagamento mínimo de R\$ 460,00 porque exigível apenas para contribuintes do regime SIMBAHIA e na condição de empresa de pequeno porte.

Assim, entendo que a procedência é parcial no período de fevereiro /julho 02, importando ICMS a recolher de R\$ 2.760,00.

No que se refere à infração 02, a exigência se materializa porque a partir de outubro de 2002, a empresa passa para a condição de microempresa faixa 1 (fl. 29) e obrigada ao recolhimento mensal fixo de R\$ 25,00 (art. 386-A, inciso I, RICMS BA). Ocorre que o autuado apresentou cópias de pagamentos do imposto feitos através da conta de energia elétrica da COELBA, nos autos às folhas 45 a 59. Tais registros já constavam dos autos, anexados pelo próprio autuante às folhas 17/19. Verifico, então, que outubro e novembro de 2002 são os únicos meses ausentes de recolhimento, do ICMS totalizando R\$ 50,00. Infração parcialmente procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **299130.0002/07-8**, lavrado contra **JOSÉ RAMOS DE SOUZA DE DIAS D'ÁVILA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.810,00**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” item 3, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CRVALHO – JULGADOR