

A. I. Nº - 299130.0054/10-8
AUTUADO - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 05. 05. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-01/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Evidenciado o acerto da exigência fiscal. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade, não apreciadas as alegações de inconstitucionalidade e indeferido o pleito pela realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2010, atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$12.750,54, acrescido da multa de 50%.

Na Descrição dos Fatos consta que os contribuintes Ailton Araújo dos Santos, matriz, inscrição estadual nº 45.981.454 e filial, inscrição estadual nº 52.762.990, têm a atividade econômica de “comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos”.

É esclarecido que em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008, no Boletim INFIP de 21/08/2009 e respaldados em Mandado de Busca e Apreensão, a SEFAZ, em operação conjunta com a SSP-BA, apreendeu nos estabelecimentos do contribuinte, notas fiscais de entradas e saídas do período de janeiro de 2005 a junho de 2009, fechamento de caixa (juntamente com as notas fiscais de vendas (VNs) de janeiro de 2008 a julho de 2009 e do período de 2005 a junho de 2009 e boletos bancários do ano de 2008 e janeiro a junho de 2009. Atendendo intimação, o contribuinte apresentou seus livros fiscais de entradas e saídas de 2005 a 2009 e DAEs, porém não foram entregues os seguintes livros: Registro de Apuração do ICMS (do período em que estava na condição de normal), Razão, Diário e Registro de Inventário.

Além disso, a INFIP apreendeu os seguintes arquivos magnéticos em computadores, em Access: “TabMovihistorico”, “TabVenda”, “Tabcaixa”, “Tabestoque” e “TabVendasDetalhada”. Através dos dois primeiros, foi possível verificar que o contribuinte não emitiu inúmeras notas fiscais de vendas realizadas através de notas de vendas (VNs), sendo que somente no exercício de 2005 o montante atingiu a cifra de R\$332.437,71 para a matriz e R\$507.342,01 para a filial.

Foi acrescentado que, após intimados, os contribuintes, na pessoa de seu proprietário, o Sr. Ailton Araújo dos Santos, concedeu as seguintes informações:

a) que para a matriz apurou o valor de R\$127.063,17 em notas fiscais emitidas, relacionando os valores mensais, porém sem identificar as notas fiscais. Pelos valores relacionados, tratam-se das vendas realizadas naquele exercício, conforme se observa no livro Registro de Saídas, portanto valores que não fazem parte do montante de R\$332.437,71;

b) para a filial, foram relacionadas notas fiscais e notas de montagem de bicicletas no montante de R\$62.727,10, informando que “falta encontrar R\$444.614,91”. O valor relacionado foi abatido do total solicitado ao contribuinte (R\$507.342,01), para efeito de cálculo do valor do ICMS a pagar.

Baseado nessas informações, elaborou um novo demonstrativo de cálculo de enquadramento no SimBahia, levando em conta a receita bruta dos dois contribuintes, conforme dispõe o § 4º do art. 384-
ACÓRDÃO JJF Nº 0105-01/11

A do RICMS/BA. Em seguida, foi elaborada planilha com os cálculos do SimBahia, para efeito de cobrança da diferença no recolhimento do ICMS.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 517 a 524, salientando, de início, que se refere a uma pequena empresa, que possui como atividade econômica o comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos, sendo um contribuinte idôneo, que sempre cumpriu as suas obrigações tributárias perante a Fazenda do Estado da Bahia. Assevera, ademais, ter verificado que a infração que lhe foi imputada não procede.

Apresentando preliminar de nulidade, aduz que o crédito apurado pelo Estado da Bahia está fulminado pela decadência, de modo que é improcedente o lançamento fiscal efetuado. Observa que a decadência se evidencia pela preclusão do direito do sujeito ativo efetuar o ato administrativo do lançamento, resultando na extinção do crédito. Realça que a decadência é muito complexa, uma vez que o marco para a contagem do prazo decadencial depende do tipo de lançamento realizado.

Como, neste caso, trata-se do ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, a disciplina referente à decadência se encontra no transcrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), que demonstra que o prazo decadencial começa a fluir com a ocorrência do fato gerador.

Frisa que o Estado da Bahia legislou de forma diversa no RICMS/97, ao estipular como marco inicial para a contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos dos artigos 88, 89 e 90. Entende que diante da divergência entre as normas, cabe ao aplicador, indagar qual das duas deverá prevalecer, caso em que a resposta está na Constituição Federal de 1988, que no art. 146, III, “a” determina que a disciplina de normas gerais de matéria tributária, em especial aquelas relativas à decadência, compete à Lei Complementar.

Conclui que a regra contida no art. 150, § 4º do CTN deve prevalecer sobre aquela prevista no RICMS/97, uma vez que a primeira é Lei Complementar enquanto a segunda é um Decreto Estadual, meio inadequado para disciplinar a matéria. Diz que o Estado da Bahia quer exercer uma competência que a lei não lhe conferiu, usando uma interpretação equivocada do disposto no CTN.

Assim, ao invadir seara de lei complementar, o RICMS/97 trouxe dispositivo inócuo, por ser ilegal e inconstitucional, por afrontar explicitamente o quanto disposto no artigo 150, § 4º do CTN e no artigo 146, III, “a” da Constituição.

Afirma que o Auto de Infração está maculado pela decadência, tendo em vista as datas de ocorrência dos fatos geradores, anteriores a 16/12/2005, haja vista que foi autuado em dezembro de 2010, por pagamento a menor de ICMS no exercício de 2005. Desta forma, o direito/dever de o Estado proceder o lançamento expirou nos meses de janeiro a dezembro de 2010, relativamente aos fatos geradores do período de 2005, respectivamente.

Ressalta que não se trata de declarar a inconstitucionalidade de norma no âmbito administrativo, mas de a autoridade administrativa aplicar uma norma em lugar de outra flagrantemente ilegal, em atenção à atividade vinculada que exerce. Acrescenta que essa é exatamente a razão da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 8, conforme se observa dos precedentes que a geraram, a exemplo da decisão atinente ao RE nº 560626, do qual transcreveu trecho da ementa.

Salienta que a Lei nº. 9.784/99, que regula o processo administrativo fiscal, determina no inciso I do parágrafo único do artigo 2º, que a atuação da Administração Pública deverá ser em conformidade com a lei e o direito. Aduz que não basta cumprir a literalidade da norma, mas inseri-la no ordenamento para, após, verificar-se a conveniência de ser aplicada. Ademais, não deve a Administração Pública descumprir súmula vinculante editada pela Corte Suprema. A respeito desse tema, transcreve lições de autoria de Hugo de Brito Machado.

Assevera que de acordo com o § 4º do art. 150 do CTN, a Fazenda deve homologar a atividade prévia do contribuinte, ratificando a legalidade do procedimento, com base no exame dos respectivos atos, na busca de algum vício ou erro do contribuinte, atestando a lisura da ação concernente à obrigação

tributária. Porém, como o contribuinte não pode ficar numa situação de indefinição, o CTN definiu um prazo para que o agente administrativo realizasse sua atribuição, sob pena da ocorrência da homologação tácita no prazo de cinco anos, a contar do fato gerador.

Visando demonstrar que a essa matéria já é pacífica no Poder Judiciário, transcreve trechos de decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso representativo da controvérsia, além de um julgamento também relativo ao ICMS, com pagamento parcial, como o presente caso.

Conclui que, por força da decadência, deverá ser determinada a improcedência do Auto de Infração. Pede que a impugnação seja acatada, pela nulidade em preliminar, e a consequente anulação da autuação. Além disso, caso necessário, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhal, além de posterior juntada de documentos.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 535, ressaltando que trata-se de Auto de Infração resultante da ação fiscal iniciada em virtude dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008 e no Boletim INFIP de 21/08/2009.

Salienta que, em preliminar, o impugnante suscitou a nulidade, argumentando a decadência do direito de lançar o crédito tributário apurado. Aduz que, entretanto, o Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2010, o autuado tomou ciência em 22/12/2010 e os créditos lançados se referem aos meses de janeiro a dezembro de 2005. Observa que a defesa fundamentou seu pedido em uma questão preliminar de direito, que diz respeito a um suposto conflito entre o art. 150, § 4º do CTN e o art. 90 do RICMS/BA, no que se refere ao marco inicial da contagem do prazo decadencial na esfera do ICMS.

Assim, considerando que já existe no âmbito do CONSEF, decisões a respeito de decadência, a exemplo do Acórdão JJF nº 0033-02/10, sugere que o processo seja encaminhado a este órgão julgador, tendo em vista que o contribuinte não contestou o mérito do Auto de Infração.

Mantém integralmente a ação fiscal.

VOTO

Verifico que o impugnante suscitou, em caráter preliminar, que os valores exigidos por meio da presente autuação não são devidos, por já se encontrarem definitivamente extintos, em decorrência da homologação tácita dos lançamentos efetuados pelo contribuinte, com a consequente decadência do direito de o Fisco lançar, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN). Deste modo, devo apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme discorro em seguida.

As disposições contidas no artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), prevêm 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.

Também o § 5º do artigo 107-B do COTEB, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Deste modo, resta afastada a alegação de ilegalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, pertinente à matéria.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, inciso I do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcançou todo o exercício de 2005, o que significa que a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010. Como o contribuinte tomou

conhecimento da ação fiscal em 06/08/2010, conforme Termo de Intimação (fl. 06) e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 22/12/2010, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há o que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme sugerido pelo autuado.

Saliento que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, no qual, inclusive, é abordado o tema referente à Súmula Vinculante nº 08 do STF, e cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade reproduzo abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

“Art. 107-B

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, **contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador**, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”* Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data venia, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário, por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

Quanto à alegação de que a legislação tributária estadual é inconstitucional, ressalto que de acordo com o disposto no art. 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade.

Não acolho a sugestão de realização diligência, considerando que o autuado é o detentor dos documentos que embasaram a ação fiscal, porém não acostou nenhum elemento ou prova que pudesse elidir o lançamento tributário. Ademais, na formulação da proposta correspondente não foi

fundamentada a necessidade de sua realização. Indefiro, portanto, o pedido em questão, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, tendo em vista que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

No mérito, verifico que na presente ação fiscal foi exigido ICMS em decorrência de recolhimento a menos do imposto, na condição do contribuinte de empresa de pequeno porte – SimBahia. Constatado, com base na leitura das informações apostas no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que o levantamento fiscal foi fundamentado em diversos documentos fiscais apreendidos no estabelecimento do contribuinte, por meio de Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.

Assim, com base em tais elementos, especialmente nas notas fiscais de saídas, emitidas pelo sujeito passivo, o autuante elaborou um novo demonstrativo de cálculo do enquadramento da empresa no SimBahia, em conjunto com o seu estabelecimento filial, de inscrição estadual nº. 52.762.990, levando em consideração a receita bruta dos dois estabelecimentos, em conformidade com previsão contida no art. 384-A, § 4º do RICMS/BA. Em seguida, elaborou planilhas com os cálculos do SimBahia, para efeito de exigência do ICMS relativo às diferenças entre os valores recolhidos mensalmente pelo autuado e aqueles efetivamente devidos.

Para um melhor entendimento, transcrevo abaixo o referido dispositivo, nas redações vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores:

“Redação anterior dada ao § 4º do 384-A pela Alteração nº 64, efeitos de 01/09/05 a 30/06/07:

“§ 4º Na mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites de que cuida este artigo, se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, ainda que em outra unidade da Federação, ou tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS de qualquer unidade da Federação, levar-se-á em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.”

Redação anterior dada ao § 4º do art. 384-A pela Alteração nº 51, efeitos de 21/01/04 a 31/08/05:

“§ 4º Na mensuração da receita bruta anual ajustada, para fins de cotejo com os limites de que cuida este artigo, se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, ainda que em outra unidade da Federação, ou tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS, levar-se-á em conta a receita bruta global ajustada de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.”

No demonstrativo acostado à fl. 508, constato que se encontram apontados todos os cálculos efetivados pelo autuante, onde, inclusive, são indicados os valores recolhidos pelo contribuinte em relação a cada uma das ocorrências, montantes esses extraídos das Relações de DAES, que se encontram nas fls. 509 e 510.

Deste modo, considerando que os valores exigidos se encontram devidamente indicados pela Fiscalização, os quais não foram impugnados pelo autuado, concluo restar plenamente caracterizada a imputação que lhe foi atribuída.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **299130.0054/10-8**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$12.750,54**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR