

A. I. Nº - 278936.0206/06-6
AUTUADO - CAFEIRA SELO VERDE LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 12.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0106-04/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO ESTABELECIMENTO. Demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado. Não cabível a compensação do imposto em suposto saldo credor acumulado no período. Infração não elidida. **2.** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração não defendida. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal e não acatada a declaração de decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/06, exige ICMS no valor de R\$63.805,29, acrescido da multa de 60% relativo às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$35.230,99. (2001/2005)
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento - R\$24.936,20.
3. Deixou de recolher o ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto - R\$3.638,10.

Foi lavrado Termo de Revelia (fl. 42). A Procuradoria Geral do Estado requisitou diligência à Infaz de origem acerca da intimação ao contribuinte (fls. 52/62), tendo o mesmo se manifestado (fls. 72/93). A PGE/PROFIS fez representação ao CONSEF (fl. 185) solicitando reabertura do prazo de defesa, que foi acolhido conforme Acórdão CJF 0359-12/09 (fls. 192/197).

Um dos sócios foi intimado (fls. 204/226), tendo o mesmo apresentado defesa às fls. 228 a 253. Preliminarmente alega que tomou conhecimento da autuação em 16/07/10, dado a nulidade da primeira intimação e acolhimento da representação da PGE/PROFIS e em se tratando de exigência de créditos tributários relativos aos exercícios de 2001 a 2005, grande parte dos valores exigidos foram extintos pela decadência.

Argumenta que o ICMS é um imposto cujo lançamento ocorre por homologação e está sujeito ao prazo decadencial previsto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), que é de cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador.

Afirma que o disposto no §5º do art. 107-B da Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEBA) é inconstitucional ao trazer o prazo decadencial para cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Ressalta que o art. 146, III, “b” da Constituição Federal (CF), delega à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária e de forma reiterada a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal determinou que “São inconstitucionais os parágrafos único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 que tratam de prescrição e decadência do crédito tributário”.

Observa que a súmula vinculante obriga os órgãos do poder judiciário e administração pública direta e indireta a cumprir decisões do STF nos termos do art. 103-A da CF.

Transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores acerca da decadência para reforçar o seu posicionamento e diz que “apesar de constar como data de lavratura o dia 29/12/06, o contribuinte só foi regularmente notificado da sua existência em 16/07/10, data em que restou interrompida a fluência do prazo decadencial”.

Entende que os exercícios fiscalizados de 2001 a 2004 tiveram seus créditos decaídos no período de 31/12/06 a 31/12/09 antes da finalização do lançamento tributário em 16/07/10 com a regular intimação, após julgamento da representação da PGE/PROFIS no Acórdão 0359-12/09 do CONSEF. Transcreve outras decisões de Tribunais Superiores (fls. 236/237).

Afirma que a decadência é um meio utilizado para resguardar o Princípio da Segurança Jurídica, restringindo a atuação da Fazenda Pública ao império da lei, para preservar a estabilidade social de acordo com outras decisões de Tribunais Superiores (fls. 240/243).

No mérito, afirma que ao exigir o ICMS relativo às infrações 1 e 2, o autuante não observou o fato de que o estabelecimento autuado acumulava enorme saldo credor do imposto, conforme escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS).

Alega que o procedimento de fiscalização deveria envolver toda a escrituração fiscal da empresa e “verificar-se-ia que o contribuinte simplesmente deixou de lançar no livro Registro de Apuração do ICMS o débito referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais do imposto, na aquisição das referidas mercadorias” e se assim tivesse feito, teria constatado que o saldo credor suplantaria em muito o saldo devedor apurado.

Transcreve os artigos 116 e 132 do RICMS/BA (fls. 244/250) para destacar que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto devem incluir o valor da diferença de alíquota no cômputo dos débitos fiscais do período e que se a fiscalização “procedesse à retificação da sua escrita fiscal, a fim de apurar se efetivamente existia saldo devedor do imposto a pagar” teria constatado que não.

Manifesta que o presente lançamento está eivado de nulidade absoluta, insanável por exigir imposto indevido e totalmente improcedente nos termos do art. 116 do RICMS/BA.

Transcreve o art. 93 do RICMS/BA que versa sobre a utilização de crédito fiscal e diz que o autuante não poderia simplesmente efetuar a cobrança do imposto referente à diferença de alíquota sem proceder à verificação do livro RAICMS, além de que poderia tê-lo intimado pra proceder a retificação do mencionado livro fiscal.

Requer a realização de diligência fiscal para verificar a existência de saldo credor acumulado no período autuado. Requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O auditor que prestou a informação fiscal (fls. 259/261) comenta o direito de impugnação prevista no art. 123 do RPAF/BA e diz que a peça de defesa apresenta “alegações desencontradas e falaciosas” com intenção de confundir e gerar dúvidas, arguindo nulidades fundamentadas em lacunas, equívocos e contradições das leis positivas, sem comprovar os fatos.

Ressalta que a acusação trata-se da falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas e o art. 39, III do RPAF/BA, determina que o auto de infração deve conter a descrição dos fatos considerados infrações, de forma clara, precisa e sucinta, o que foi feito.

Quanto ao argumento da extinção do crédito por conta da decadência, afirma que antes de analisar a questão da contagem do prazo decadencial há de se distinguir as situações possíveis no caso concreto em relação ao art. 150, § 4º, do CTN, que estabelece regra específica de contagem do prazo decadencial, que para se homologar é imprescindível o pagamento antecipado do crédito tributário e, só então, pelo decurso de tempo, considera-se homologado o ato administrativo.

Afirma que na situação presente, a total falta de pagamento do tributo, não cumpre o primeiro requisito para o processo homologatório que é a satisfação antecipada da exigência tributária.

Diz que inexistindo pagamento de tributo, não há o que se falar em homologação e assim, cabível a incidência da regra prevista no art. 173, I, do CTN, considerando como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme decisão contida no REsp 183.603/SP cuja Relatora foi a Ministra Eliana Calmon.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que não há que se falar em decadência, considerando que não houve pagamento do imposto e que “houve dolo do contribuinte quando omitiu conscientemente os valores da diferença de alíquota na apuração do ICMS”.

Argumenta que também está equivocada a contagem de prazo alegada pelo contribuinte a partir de 16/10/2010, tendo em vista que foi anexada procuração do novo Contador em 28/09/07 (pág. 50) e de forma clara o contribuinte já havia tomado conhecimento do Auto de Infração, bem como da ação fiscal quando da intimação para apresentação de livros e documentos.

Quanto ao argumento de que deveriam ser compensados os débitos com os créditos fiscais acumulados e que deixou de lançar no livro RAICMS o débito referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais do imposto, na aquisição das referidas mercadorias, afirma que o simples fato de ter deixado de lançar o débito referente à diferença de alíquota não elide os fundamentos do presente lançamento.

Ressalta que em momento algum o contribuinte negou a existência dos débitos, reconhecendo, porém apegando-se a lacuna, equívocos e contradições das leis para não pagar o imposto devido.

Atenta que se realmente possui créditos fiscais acumulados, pode solicitar a efetivação do pagamento do Auto de Infração com os referidos créditos, na forma prevista em lei.

Por fim, afirma que tendo ocorrido simples negativa do cometimento da infração e a recusa em comprovar fato controverso, não possui o condão de elidir a acusação fiscal. Requer a manutenção do lançamento na integralidade.

VOTO

Primeiramente devo ressaltar que em relação ao Termo de Revelia lavrado inicialmente, foram adotadas as providências administrativas pela PGE/PROFIS que culminou em representação ao CONSEF da reabertura do prazo de defesa, acolhido no Acórdão CJP 0359-12/09.

Preliminarmente o autuado suscitou a decadência do crédito tributário sob a alegação de que só tomou conhecimento da autuação em 16/07/10, ficando no seu entendimento decaído grande parte dos valores exigidos relativos aos exercícios de 2001 a 2005.

Ressalto que o lançamento tributário, é um ato administrativo vinculado e obrigatório que objetiva verificar os elementos do fato gerador, calcular o valor do crédito tributário e identificar o sujeito passivo, tudo conforme o art. 142 do CTN. Caracteriza-se como um direito potestativo do Estado ficando o sujeito passivo submetido aos seus efeitos independente de sua vontade.

Mesmo no lançamento por homologação aplicável ao ICMS, em que o sujeito passivo obriga-se a apurar o montante do imposto devido e antecipar o pagamento, tais procedimentos não podem ser confundidos com o lançamento em si, ato que por ser privativo da autoridade administrativa não acontece sem sua interveniência. O contribuinte, ao identificar o fato gerador e apurar o valor devido, está simplesmente cumprindo obrigações instrumentais ou acessórias, que lhe são impostas por lei e são necessárias ao cumprimento da obrigação tributária. Apesar de muitas vezes repetir procedimentos idênticos aos realizados pela autoridade lançadora, como apuração da base de cálculo e aplicação da alíquota, o sujeito passivo nunca lança tributo.

Portanto, o ato do lançamento se materializa através de uma série de procedimentos administrativos (ordem de serviço, intimação para apresentar livros e documentos, apuração do imposto, lavratura de auto de infração com descrição dos fatos, demonstrativos e termos e por fim a ciência ao contribuinte). Sendo assim, não pode ser considerado como alegado, que o ato da notificação constitui o ato do lançamento.

O STF corrobora essa interpretação de que: "Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco." EREsp nº 151163, julgados em 25/11/98.

Conforme se pode verificar, o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/06, portanto, dentro do quinquênio previsto para que a Administração formalizasse a exigência do tributo. Ressalto que esta interpretação foi manifestada em diversos julgados na segunda instância deste Conselho que indeferiram a Decadência em função da data da notificação: AC CJF 232-11/03; AC CJF 234-11/03; AC CJF 320-11/03; AC CJF 337-11/03; AC CJF 352-11/03 e AC CJF 015-11/03.

Ressalte-se ainda que, conforme salientado pelo auditor que prestou a informação fiscal, foi juntada procuração do sócio Marcelo Marques Nunes (fl. 74) à fl. 50 nomeando o Contador José Edson dos Santos para representá-lo junto à Secretaria da Fazenda, datada de 28/09/07, o qual protocolou petição à fl. 71 alegando cerceamento do direito de defesa em relação à lavratura do Auto de Infração em lide. O Sr. José Edson dos Santos na condição de procurador (fl. 50) foi cientificado da autuação (fl. 208) e apresentou defesa (fls. 253/254) o que demonstra ter tomado conhecimento da autuação desde o ano de 2007.

Constato que o lançamento de ofício foi efetivado 20/12/06 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece 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".

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício

de 2001/2005, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse depois do dia 31/12/06 a 31/12/10. Sendo assim não acolho a preliminar de decadência solicitada.

Quanto ao argumento de que o disposto no §5º do art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEBÁ) é inconstitucional ao fixar prazo decadencial a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, destaco que conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

O autuado requisitou a realização de diligência fiscal para verificar a existência de saldo credor acumulado no período autuado. Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

O autuado solicitou a decretação da nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o mesmo padece de vício insanável, visto que não foi intimado para promover retificação na sua escrituração. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito o Auto de Infração, exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquotas e do imposto incidente sobre a devolução de mercadorias tributáveis.

Relativamente ao argumento de que foi exigido ICMS relativo às infrações 1 e 2, sem observar a existência de saldo credor acumulado, observo que conforme ressaltado pelo próprio impugnante o art. 132 do RICMS/BA prevê que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS devem incluir o valor da diferença de alíquota no cômputo dos débitos fiscais do período.

A legislação do imposto prevê que o contribuinte deve apurar o valor do ICMS devido relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições de bens de uso/consumo e lançar a débito do livro RAICMS. O estabelecimento autuado não contestou os valores apurados no levantamento fiscal procedido pelo autuante, os quais foram juntados às fls. 10/22. Logo, tendo a fiscalização, mediante levantamento próprio, apurado falta de lançamento do ICMS da diferença de alíquota, não cabe ao preposto fiscal fazer compensação com supostos saldos credores, nem intimar o fiscalizado para retificar sua escrituração e sim proceder à lavratura de Auto de Infração com imposição da multa prevista no art. 42, “f” da Lei nº 7.014/96.

Conforme ressaltado pelo auditor que prestou a informação fiscal, caso o autuado possua saldo credor acumulado pode fazer uso para quitar o Auto de Infração de acordo com o que determina a legislação do ICMS.

Saliento que a retificação da escrituração poderia ter sido feita pelo próprio contribuinte, mas isso antes de qualquer ação fiscal pertinente aos valores objeto do levantamento fiscal. Como isso não ocorreu, deve ser mantida integralmente as infrações 1 e 2.

Com relação à infração 3, verifico que o autuado silenciou sobre a mesma, embora tenha pedido a improcedência total da autuação. Como nada foi dito em relação ao imposto exigido no demonstrativo à fl. 22 dos autos relativamente à operação de devolução de mercadorias consignadas na nota fiscal nº 76 e demonstrativo à fl. 22, implica em anuência da acusação, visto que não foi apresentada qualquer prova contrária a acusação e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o autuado pela responsabilidade do pagamento do imposto exigido na ação fiscal. Infração caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0206/06-6**, lavrado contra **CAFEIRA SELO VERDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.805,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR