

A. I. N° **-110085.0009/10-5**
AUTUADO **-CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.**
AUTUANTE **-JOSE ARNALDO BRITO MOITINHO**
ORIGEM **-INFAZ VAREJO**
INTERNET **- 15. 09. 2011**

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0252-01/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado não elide a autuação. Infração caracterizada. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado o cometimento da infração. Infração subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2010, exige ICMS no valor de R\$ 42.312,87, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 [art. 353, II, do RICMS/BA], no mês de janeiro de 2005, agosto, outubro e dezembro de 2006, abril a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.977,34, acrescido da multa de 60%;
2. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro, março e julho de 2005, fevereiro, março, junho e outubro de 2006 e abril de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.335,53, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 304 a 308), arguindo, preliminarmente, a decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário em relação à data de ocorrência de 31/01/2005, na infração 01 e datas de ocorrências de 31/01/2005, 31/03/2005 e 31/07/2005, na infração 02, sob o argumento de que tendo a ciência ocorrido apenas no dia 30/09/2010, passaram-se mais do que os 05 (cinco) anos previstos pelo artigo 150, § 4º do CTN, para que a autoridade fazendária constituísse o crédito tributário.

Frisa que o Poder Judiciário não se afasta dessa linha, conforme exemplifica reproduzindo a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência nº 101.407-SP (98.88733-4), em que foi Relator o Ministro Ari Pagendler. Acrescenta que em outro julgado, no caso, o REsp nº 180879-SP, ainda mais recente, da lavra da ilustre Ministra Eliana Calmon, este entendimento restou definitivamente confirmado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, sendo vencida a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, conforme acórdão cujo teor reproduz parcialmente.

Afirma que sendo incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, não se pode admitir que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação o prazo decadencial seja superior a 05 anos a contar

do fato gerador, razão pela qual espera a exclusão dos lançamentos ocorridos antes de 30/09/2005, conforme aduzido acima.

Alega a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, relativamente às infrações 01 e 02, sustentando que as razões que poderiam formular a defesa apresentada se encontram prejudicadas, haja vista o cerceamento de defesa, em razão de a hipótese legal invocada não dar certeza sobre qual das condutas ocorreu.

Transcreve a acusação fiscal para afirmar que a limitação do exercício do direito de defesa se mostra evidente, haja vista que não se pode rebater a acusação, justamente por não se saber qual das supostas condutas lhe foi imputada, razão pela qual não poderá prosperar a manutenção desta autuação. Acrescenta que a não identificação das mercadorias, tanto na infração 01 como na infração 02, considerando um universo de milhares de mercadorias comercializadas, lhe retira a possibilidade de averiguação da acusação, fato que caracteriza um completo cerceamento de defesa.

Conclui dizendo que confia no reconhecimento por parte deste CONSEF da decadência apontada, bem como que anule as duas infrações imputadas ou, que sejam identificadas as mercadorias e possibilite o contraditório.

O autuante prestou informação fiscal(fls. 313/314), na qual contesta o argumento defensivo referente à decadência, afirmando que os débitos foram levantados e apurados com Auto de Infração com data de lavratura de 29/09/2010. Frisa que o Auto de Infração foi registrado na repartição fazendária em 30/09/2010 e que somente se fosse levantado e lavrado a partir do 01/01/2011 é que o impugnante estaria correto em suas alegações, porém, exclusivamente, no lançamento referente ao exercício de 2005. Assevera que o Auto de Infração foi levantado dentro do prazo legal, com o registro regular também dentro do prazo legal, não tendo o autuado razão nenhuma para tal argumentação. Salienta que é do conhecimento de todos que o prazo decadencial é depois de decorrido cinco (5) anos, o que não ocorreu no presente caso.

Diz que a contagem do impugnante sobre o período de decadência está equivocada, pois, pela lei, não deve ser uma contagem por mês ou por período mensal, mas por período anual, já que o exercício se inicia em 01 de janeiro e termina em 31 de dezembro de cada ano, portanto, não devendo prevalecer os argumentos defensivos. Ressalta que os valores levantados se referem aos exercícios de 2005, 2006 e 2007.

No que concerne à alegação defensiva de cerceamento de defesa, diz que o contribuinte recolheu o ICMS apenas de parte das notas fiscais, não apresentando uma relação de quais notas fiscais foram pagas.

Consigna que o trabalho foi efetuado conforme planilha e cópias das notas fiscais de cada mês constantes do processo presente, calculado o valor do ICMS devido e abatido o valor do ICMS recolhido, tudo de forma normal ou regular.

Sustenta que não há que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que se o contribuinte pagou o imposto de todas as notas fiscais, poderia anexar os comprovantes de pagamentos e tudo ficaria esclarecido. Acrescenta que somente nessa situação pode concordar com a argumentação defensiva. Ou seja, este provando que fez todos os recolhimentos. Realça que isso não configura cerceamento de defesa. Diz que conforme demonstrativos do INC/SEFAZ, todos os pagamentos de ICMS da empresa estão anexados aos autos.

Finaliza dizendo que pelas razões apresentadas, mantém todos os valores levantados, uma vez que o autuado não apresentou nenhum recolhimento que não estivesse nas informações do INC/SEFAZ.

A 1ª JJF, considerando que o impugnante alegara cerceamento do direito de defesa, dizendo que as razões que poderiam formular sua defesa se encontravam prejudicadas, tendo em vista que a razão legal invocada não dava certeza de qual das condutas ocorreu, converteu o processo em diligência à INFRAZ VAREJO (fl. 317), a fim de que o órgão competente intimasse o autuado, entregando-lhe no

ato, mediante recibo específico, cópia da informação fiscal (fl. 313) e do termo de diligência. Foi solicitado, ainda, que no intuito de afastar a possibilidade de cerceamento do direito de defesa, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

O impugnante se manifestou às fls. 325/326, salientando que o autuante se limitou em afirmar na informação fiscal que não há decadência dos débitos anteriores à data de ocorrência de 30/09/2005, sob a alegação de que a contagem não deve ser por mês ou por período mensal, mas sim por período anual.

Observa que registrou na peça de defesa inicial que através dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que a decadência ocorreu sim, uma vez que os fatos gerados com data de ocorrência em 31/01/2005, referente à infração 01, e datas de ocorrências de 31/01/2005, 31/03/2005 e 31/07/2005, relativas à infração 02, ultrapassaram o prazo de 05 (cinco) anos previstos pelo artigo 150, § 4º do CTN, para que a autoridade fazendária constituísse o débito tributário, isso porque somente obteve ciência do Auto de Infração no dia 30/09/2010.

Reitera que por ter sido o Auto de Infração lavrado em 30/09/2010, os fatos geradores ocorridos antes de 30/09/2005 estão todos decadentes, uma vez que realizou, em época própria, o pagamento parcial do *quantum* devido. Acrescenta que quando do lançamento de ofício, da diferença devida, a Auditoria Fiscal deveria ter aplicado, para efeito da contagem do prazo decadencial, a regra do § 4º, do artigo 150, cuja contagem do prazo decadencial se inicia no momento da ocorrência do fato gerador, e não a do inciso I, do artigo 173, que começa a contar o prazo no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ambos do CTN, uma vez que se aplica ao ICMS o lançamento por homologação a que se refere o artigo 150 do CTN.

Conclui reafirmando que confia no reconhecimento da decadência apontada, uma vez que a constituição do suposto crédito tributário ultrapassou o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, do art. 150, §4º, do CTN.

O autuante se pronunciou à fl. 330, reiterando a contestação apresentada na informação fiscal e mantém a autuação.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição defensiva de cerceamento do direito de defesa, em razão da hipótese legal invocada na infração 01 não dar certeza sobre qual das condutas ocorreu.

Apesar de restar claro pela análise dos elementos acostados pelo autuante, notadamente as planilhas e demonstrativos, que a acusação fiscal diz respeito à exigência do imposto devido por antecipação tributária recolhido a menos, o fato de a infração estar descrita no Auto de Infração contendo além da hipótese infracional correta outras hipóteses, exigiu a conversão do processo em diligência, haja vista a necessidade de afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa e do contraditório e, consequentemente, a nulidade do lançamento, conforme alegado pelo impugnante.

Neste sentido, esta Junta de Julgamento Fiscal após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à Repartição Fazendária de origem, a fim de que o órgão competente intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia da informação fiscal na qual o autuante rechaça a alegação defensiva de cerceamento de defesa referente à infração 01, consignando que o contribuinte recolheu o ICMS apenas de parte das notas fiscais, tendo efetuado o trabalho conforme planilha e cópias das notas fiscais de cada mês acostados aos autos, calculando o valor do ICMS devido e abatido o valor do ICMS recolhido.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa, por não haver identificação das mercadorias, tanto na infração 01 como na infração 02, considerando um universo de milhares de mercadorias comercializadas, em razão de lhe retirar a possibilidade de averiguação da acusação, não há como prosperar tal alegação, haja vista que o levantamento levado a efeito pelo autuante, considerou as

notas fiscais que estão na posse do próprio contribuinte, sendo relevante consignar que ambas as infrações dizem respeito à exigência do imposto recolhido a menos. Ou seja, o contribuinte recolheu a menos o ICMS devido por antecipação – total e parcial –, estando as notas fiscais arroladas na autuação e, por consequência, as mercadorias, relacionadas nas planilhas respectivas. Vale registrar que as notas fiscais arroladas na autuação foram obtidas junto ao próprio contribuinte.

Verifico, ainda, que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No que tange à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário em relação à data de ocorrência de 31/01/2005, na infração 01 e datas de ocorrências de 31/01/2005, 31/03/2005 e 31/07/2005, na infração 02, sob o argumento de que tendo a ciência ocorrido apenas no dia 30/09/2010, passaram-se mais do que os 05 (cinco) anos previstos pelo artigo 150, § 4º do CTN, para que a autoridade fazendária constituísse o crédito tributário, também não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso 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 e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante.

Na realidade, 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, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a julho de 2005) se iniciou em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010.

Dante disto, considerando que o lançamento ocorreu em 29/09/2010, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu acertadamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08, sendo que, deste último, transcrevo o voto proferido pelo eminente Conselheiro/Relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos,

contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Não acolho, portanto, a decadência arguida.

No mérito, relativamente à infração 01, a análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante permite concluir que não assiste razão ao impugnante, haja vista que a exigência diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação total. Ou seja, o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária total, conforme exige o RICMS/BA, contudo, tal recolhimento foi feito em valor inferior ao efetivamente devido.

Observo que, claramente, o demonstrativo da infração 01, identifica o ICMS devido por antecipação tributária total, o crédito fiscal destacado no documento fiscal considerado, o ICMS recolhido e a parcela do imposto que deixou de ser recolhida.

As notas fiscais também estão identificadas, sendo possível se verificar quais são as mercadorias que tais documentos fiscais acobertam e se refere a autuação.

Desta forma, considero integralmente subsistente a infração 01.

No respeitante à infração 02, noto que o levantamento seguiu o mesmo caminho da infração 01, isto é, o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, contudo, tal recolhimento foi feito em valor inferior ao efetivamente devido, tendo o autuante efetuado o levantamento considerando o valor do ICMS devido por antecipação parcial, o crédito do ICMS destacado no documento fiscal, o ICMS recolhido, e a parcela do imposto que deixou de ser recolhida.

As notas fiscais também estão identificadas, sendo possível se verificar quais são as mercadorias que tais documentos fiscais acobertam.

Assim sendo, considero subsistente a infração 02.

Relevante registrar que o impugnante ao rechaçar ambas as infrações não apontou ou identificou através de levantamentos, demonstrativos ou documentos, equívocos porventura incorridos pelo autuante, apesar de ter oportunidades, inclusive quando da realização da diligência solicitada por esta 1ª JJF, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são integralmente subsistentes.

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 nº 110085.0009/10-5, lavrado contra **CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.312,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR