

A. I. N.^º - 279459.0004/11-9
AUTUADO - WAL-MART BRASIL LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11.10.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0266-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Reconhecido os valores relativos aos meses de agosto e setembro/06 e janeiro/07. Restou comprovado que o lançamento de ofício relativo ao mês de abril/06 foi feito dentro do prazo de decadência previsto na legislação tributária. Rejeitado o pedido de decadência. Infração procedente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infrações 1, 2, 4, 5 e 6 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/06/11 para exigir ICMS no valor de R\$1.453.817,13, acrescido das multas de 60% e 70% em decorrência das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária - R\$742.605,31.
02. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$113.125,39.
03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento - R\$382.789,57.
04. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006) - R\$3.073,94.
05. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo

lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007) - R\$53.568,87.

06. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R\$158.654,05.

O autuado apresenta impugnação (fls. 179/185), inicialmente discorre sobre as infrações e informa que promoveu o pagamento do débito integral das infrações 1, 2, 4, 5 e 6.

Com relação à infração 3, informa também, que promoveu o pagamento dos valores de R\$81.288,60; R\$146.123,65 e R\$1.296,69 relativo aos fatos geradores dos meses de agosto e setembro/06 e janeiro/07. Requer considerar a extinção destes créditos em conformidade com o art. 156, I do CTN.

Relativamente a exigência com data de ocorrência de 30/04/06 na infração 3, argumenta que o lançamento foi atingido pelo instituto da decadência de acordo com o disposto no art. 150, §4º, c/c o art. 156, V do Código Tributário Nacional (CTN).

Alega que de acordo com o mencionado dispositivo legal o Fisco dispõe de cinco anos para homologar a atividade do sujeito passivo, a contar do fato gerador e uma vez ultrapassado aquele prazo, ocorreu tacitamente sua homologação e extinto o crédito tributário correspondente.

Discorre sobre o lançamento por homologação e transcreve diversas decisões de julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), que versam sobre lançamentos por homologação (fls. 182/183).

Ressalta que o Supremo Tribunal de Justiça (STF) consolidou através da Súmula Vinculante nº 8 “que o prazo de prescrição e decadência é de cinco anos contados do pagamento a menor do imposto, no caso de pagamento por homologação” e que tendo sido cientificado da autuação em 17/06/11 decaíram os fatos geradores do mês de abril/06.

Argumenta que a citada Súmula Vinculante segue os procedentes da jurisprudência pacificada no sentido de que apenas por Lei Complementar se pode legislar sobre prescrição e decadência, por ser reserva constitucional e de forma análoga o prazo de prescrição e decadência para as contribuições devem ser aplicados a um tributo como o imposto.

Salienta que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida, conforme disposto no art. 112 do CTN, devendo a interpretação da norma jurídica ser favorável ao contribuinte.

Por fim, requer a extinção do crédito pelo pagamento das infrações 1, 2, 4, 5 e 6 e parte da infração 3, decadência do crédito fiscal de parte da infração 3, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, juntada posterior de documentos, realização de perícia/diligência fiscal.

O autuante presta informação fiscal (fl. 225) e com relação aos argumentos defensivos apresentados em relação à infração 3, diz que os procedimentos fiscais adotados na constituição do lançamento obedeceram ao disposto no art. 965 do RICMS/BA que prevê prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para que a Fazenda Pública constituísse o crédito tributário.

Destaca que a constituição do crédito fiscal referente à diferença de alíquota não recolhida do mês de abril/06 no valor de R\$154.080,62 não foi atingida pela decadência.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 227/230 detalhes do pagamento efetuado pelo autuado constante do sistema SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, devido por antecipação, da diferença de alíquota, omissão de saídas de mercadorias apurado mediante levantamento quantitativo de estoque e erro na aplicação da alíquota.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu integralmente o débito relativo às infrações 1, 2, 4, 5 e 6 e promoveu o seu pagamento conforme documentos juntados às fls. 222/223 e detalhe do pagamento constante no sistema SIGAT (fls. 227/230).

Portanto, inexistindo questionamentos relativos a estas exigências fiscais, estas infrações devem ser mantidas na sua totalidade, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Com relação à infração 3, na sua impugnação o autuado reconheceu e promoveu o pagamento relativo às ocorrências dos meses de agosto e setembro/06 e janeiro/07 e contestou a exigência com data de ocorrência de 30/04/06 sob o argumento de que o lançamento foi atingido pelo instituto da decadência nos termos do art. 150, §4º, c/c o art. 156, V do CTN.

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 2006, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/04/00 a 30/04/06 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse depois do dia 31/12/11.

Quanto ao argumento de que apenas por Lei Complementar se pode legislar sobre prescrição e decadência, por ser reserva constitucional, conforme acima apreciado o dispositivo que trata da contagem do prazo de decadência previsto na Lei nº 3.956/81 (Estado da Bahia) tem respaldo na Lei 5.172/66 (CTN) que institui normas gerais de direito tributário aplicáveis aos Estados. Portanto, é legal e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No tocante ao argumento de que por analogia deve ser aplicada a Súmula Vinculante nº 8 do STF aos fatos geradores do ICMS observo que a mencionada Súmula Vinculante estabelece:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Não acato tal argumento, tendo em vista que a mencionada Súmula Vinculante trata de decadência de contribuições previdenciárias em atraso (cujos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 foram revogados pela LC 128/08) para efeito de contagem de tempo de contribuição para obter benefício no Regime Geral de Previdência Social.

Pelo exposto, existem disposições expressas na legislação tributária (CTN e COTEBA) quanto à contagem de prazo dos débitos tributários para efeitos de prescrição e decadência, consequentemente, não pode ser aplicado por analogia, precedentes jurisprudenciais referentes à decadência de contribuições previdenciárias. Também, conforme anteriormente apreciado não há dúvida quanto à legalidade do prazo de constituição do lançamento para que possa ser aplicado o disposto no art. 112 do CTN. Fica rejeitado o pedido de decadência.

Ressalto que o autuado não adentrou ao mérito da autuação. Por isso, a infração 3 deve ser

mantida na sua integralidade. Infração procedente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0004/11-9**, lavrado contra **WAL-MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.453.817,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.397.174,32 e 70% sobre R\$56.642,81, previstas no artigo 42, II, “a”, “d”, “f”, VII, “a” e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR