

A. I. Nº - 279459.0006/11-1  
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - FERNANDO ANTONIO CÂNDIDO MENA BARRETO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET 23.05.2012

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0144-05/12**

**EMENTA: ICMS.** 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. A redução da base de cálculo com carga tributária de 0% não alcança as saídas interestaduais, mas, apenas, operações internas com feijão, arroz, sal, farinha de mandioca e peixes. O sujeito passivo reconhece a procedência dos valores exigidos nos exercícios 2007 e 2008. Aos fatos geradores ocorridos no exercício 2006 não-incidência a regra do art. 150, § 4º, do CTN, que trata da homologação dos tributos, mas a do prazo para a contagem da decadência, expressa no artigo 173, inciso I, CTN (art. 107-A do Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº3956/81 e art. 965, RICMS BA. Não acatada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 17/11/2011, para constituir crédito tributário no valor original de R\$ 2.066.214,62, tendo em vista o recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, ainda, que o contribuinte não tributou mercadorias tais como feijão, arroz, sal, farinha de mandioca, peixes, etc. com alíquota de 12% nas saídas por transferências para outra unidade da Federação. Tais mercadorias têm redução de 100% na base de cálculo, nas saídas internas; nas saídas interestaduais não têm o benefício fiscal. Exercícios 2006 a 2008.

O autuado apresenta impugnação de fls. 47/54, através de advogado legalmente constituído, Procuração acostada às fls. 55/56, alegando a tempestividade das suas razões, a entrega em meio eletrônico (art. 8º, § 4º, RPAF BA) e sintetiza a autuação.

Argui, preliminarmente, a nulidade do auto de infração em relação ao exercício de 2006 pela extinção do suposto crédito tributário, nos termos do art. 156, V combinado com art. 150º, § 4º, CTN). Com referência aos créditos exigidos nos exercícios 2007 e 2008 reconhece que agiu equivocadamente e procede ao seu pagamento.

Reitera em relação ao exercício de 2006 que o lançamento é nulo, porque os créditos tributários estão extintos pela homologação tácita nos termos do art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, eis que decorrido o prazo previsto no seu art. art. 150º, § 4º, 5 (cinco) anos do fato gerador do ICMS. Defende que o Ente Público tem o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador para cobrar o imposto, poder verificar o exato cumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte, para aceitá-lo pela homologação ou resgatá-lo, exigindo eventuais diferenças através do lançamento de ofício, em conformidade com o art. 149, Inciso II, CTN. Deduz que o presente lançamento sendo realizado em 21.11.2011, mais de cinco anos após os fatos imponíveis ocorridos nos meses de janeiro a outubro de 2006.

Afirma que houve pagamento do imposto no período de janeiro a outubro de 2006, anexando comprovantes, por isso entende que o marco para a contagem do prazo é o fato gerador, a teor do já mencionado art. 150, § 4º, CTN.

Transcreve entendimento da 1ª. Seção do STJ no julgamento do REsp. 973.733 SC, em sede de recurso repetitivo de acordo com o art. 543-C, CPC. Explica que tal sistemática permite e rejeição de recursos contrários ao entendimento manifestado pelo STJ. Defende que, se a cobrança resvalar para o judiciário o Estado não terá êxito, podendo arcar com despesas processuais e os honorários da sucumbência.

Insiste que o Fisco não pode realizar procedimentos fiscais a respeito de créditos tributários já homologados, em vista que o Código Tributário Nacional só autoriza revisão de lançamento nas hipóteses do artigo 149, que não se enquadram no presente caso.

Aduz que nos pagamentos dos exercícios 2007 e 2008 do presente lançamento foi concedida a redução da multa prevista na Lei 7.014/96. Pede a aplicação do benefício da dúvida do art. 112, CTN, restando alguma dúvida na desconstituição da autuação presente.

Finaliza com o pedido de provimento da impugnação.

O Auditor Fiscal, responsável pelo feito, presta informação fiscal, fl. 81, argumenta que o direito de a Fazenda Estadual constituir crédito tributário encontra-se expresso no art. 965, RICMS BA. Diz que com base em tal dispositivo procedeu à exigência do crédito tributário no período de janeiro a outubro 2006.

## VOTO

Conforme relatado, busca-se através de lançamento de ofício a constituição de crédito tributário, consubstanciado no presente auto de infração, que será objeto da apreciação nas linhas procedentes.

Trata-se da exigência por recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sem a tributação devida, quando a legislação previa a incidência de 12%, nas saídas por transferências para outra unidade da Federação. Observa-se que apenas nas saídas internas, tais mercadorias gozam da redução de 100% na base de cálculo.

O preposto fiscal elaborou demonstrativo de débito, às fls. 09/41, descrevendo as saídas por transferências interestaduais de feijão, arroz, sal, farinha de mandioca, peixes, entre outros, etc. (Transferência de mercadorias adquiridas e ou recebida de terceiros - CFOP 6152), sem tributação, objeto do presente lançamento fiscal, nos exercícios de 2006 a 2008.

O sujeito passivo não discute o mérito da autuação, concordando de pronto com os valores exigidos nos exercícios de 2007 (R\$ 669.199,26) e 2008 (R\$ 918.434,27) e ainda as parcelas de novembro 2006 (R\$ 40.231,33) e dezembro 2006 (R\$ 40.257,33), o que totalizou R\$ 1.668.122,21, pagamento efetuado conforme DAE, fl. 78 e documentos extraídos do SIGAT, fls. 83/85.

A lide, todavia, envolve valores lançados no período janeiro / outubro 06 e importa R\$398.092,41.

O autuado pede a nulidade do auto de infração em relação ao período, sob a alegada extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, V combinado com art. 150º, § 4º, CTN, arguindo que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador para cobrar o imposto, exigindo eventuais diferenças, através do lançamento de ofício, em conformidade com o art. 149, Inciso II, CTN. Deduz que o lançamento realizado em 21.11.2011 distou mais de cinco anos dos fatos imponíveis ocorridos nos meses de janeiro a outubro de 2006 e, em função dos pagamentos realizados, defende que o marco para a contagem do prazo é o fato gerador, a teor do já mencionado art. 150, § 4º, CTN.

Decerto que as relações jurídicas não se põem imunes aos inexoráveis efeitos do tempo. O pensamento jurídico concebe, assim, institutos que vinculados a certo intervalo de tempo, criam, modificam ou extinguem direitos para os sujeitos envolvidos, em nome da segurança jurídica, princípio caro ao direito. Sob esse ângulo, desponta, no caso concreto, o instituto da decadência.

No Direito Tributário, o instituto da decadência está a se referir, mais especificamente, a extinção do direito de a autoridade fiscal formalizar a obrigação tributária, constituindo o crédito, ou seja, de lançar o crédito tributário. A decadência tributária, assim, vem impedir que a Fazenda Pública, em razão de sua inércia, exerça, após determinado prazo, o direito de lançar de ofício o crédito tributário, nos termos do art. 173, CTN.

O direito de homologar expressamente os procedimentos de lançamento realizados pelo sujeito passivo, não está sujeito à decadência, mas, a um prazo para homologação tácita, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

Por outro lado, o artigo 149, CTN descreve as hipóteses em que a Fazenda Pública pode efetuar e rever de ofício o lançamento tributário e, independentemente da modalidade do lançamento a que o tributo esteja sujeito (de ofício, declaração, por homologação), a regra, quanto a contagem do prazo decadencial para se efetuar o lançamento de ofício, é a descrita no art. 173, CTN.

Parte da doutrina defende que o disposto no art. 150, § 4º, CTN revela uma regra especial com prevalência à regra geral do art. 173, I e, dessa forma, nos tributos por homologação, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças detectadas seria de cinco anos a contar do fato gerador. Soma-se a isso que o pagamento é condição escolhida para a aplicação dos dispositivos do art. 173, I e do art. 150, §4º, CTN. A assertiva é que, em havendo pagamento, aplica-se a regra homologatória do art. 150; não havendo pagamento, não há falar em lançamento por homologação com atração da norma do art. 173, I.

Com a devida vênia, discordo de pensamento tão simplista. O ICMS, imposto que se exige, no caso concreto, sujeito que é ao lançamento por homologação, não se resolve pela simples apresentação das guias de recolhimentos do ICMS pago mensalmente, como, aliás, aperou o autuado.

Impõe-se considerar que cada um dos dispositivos legais retromencionados tem sua aplicação específica e não existe prevalência de um em relação ao outro. O prazo do artigo 150, §4º do CTN refere-se ao direito de o Fisco homologar expressamente os procedimentos do lançamento realizado pelo sujeito passivo que, em não ocorrendo, pode ser extinto pela homologação tácita e não ao direito de constituir de ofício o crédito tributário, sujeito à regra do prazo decadencial prevista no art. 173, I, CTN.

Não é a rigor, a existência de pagamento antecipado que irá atrair ou não a regra de prazo extintivo, e sim a existência de declaração efetuada pelo contribuinte, as omissões e inexatidões na sua escrita fiscal.

No lançamento por homologação é o próprio sujeito passivo quem pratica a quase totalidade do das atividades concernentes à apuração do débito e antecipa o que entende devido. Incumbe ao Fisco verificar a sua correção e apor ou não o seu “de acordo”. Quando isso acontece, constituído está o crédito tributário (art. 142, CTN). Lançamento constituído com o aval da autoridade tributária, expresso ou tacitamente, não se cogitará de outro prazo para constituição, razão porque o crédito tributário já se acha constituído.

Caso em contrário, quando o Fisco realizar o exame dos livros fiscais do contribuinte, detectar diferenças, por inexatidão ou omissão, estará autorizada a Fazenda Pública a efetuar o lançamento de ofício, no prazo do art. 173, I, CTN, por expressa determinação legal disposta no art. 149, V e não no prazo § 4º, art. 150, CTN.

No caso em concreto, as saídas por transferências interestaduais de mercadorias, tributadas regularmente (art. 12, I, LC 87/96), não foram assim operacionalizadas pelo autuado, que deu saídas sem tributação, sem pagamento do imposto devido. Os DAES apresentados se referem a outras operações, com a exclusão daquelas. A administração tributária procedeu a uma investigação para apurar a ocorrência dos fatos imponíveis não informados, apurando os montantes do tributo a pagar, conforme se exige no presente lançamento de ofício, ocasião em que terá aplicação o art. 173, I, do CTN.

A despeito de se tratar de tema por demais discutido, a decadência é ainda fonte de incontáveis controvérsias entre o fisco e o contribuinte. Por outro lado, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ -, por meio de recurso especial repetitivo na forma de seu REsp 973.733/SC, firmou-se o entendimento de seu Tribunal no sentido da aplicação do art. 173, I, CTN, para a mesma questão de direito – versando sobre a contagem do prazo de decadência nos lançamentos por homologação.

Por fim, considerando que o ICMS está pautado na regra geral da decadência, art. 173, I, CTN, cujo prazo de contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, concluímos diversamente da pretensão do sujeito passivo.

A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso da presente lide, o Fisco apurou a falta de pagamento de ICMS, através de levantamento fiscal, constituindo o crédito tributário, mediante lançamento de ofício e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, CTN. O prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011. A notificação do lançamento ocorreu em 21/11/2011. Não há o que se falar, portanto, em decadência e nem houve extinção do crédito tributário.

Logo, todos os fatos geradores ocorridos em 2006, sem exceção, podem ser objeto de autuação dentro do quinquênio contado a partir de 01/01/2007, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2011, em conformidade com as regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (art. 107-A) e art. 965, RICMS/BA.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões. Entre tantas, o acórdão CJF 0102/12-05.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0006/11-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.066.214,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA