

PROCESSO - A. I. Nº 083440.0060/09-0
RECORRENTE - R&R COMÉRCIO DE PISOS E PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0222-02/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0022-13/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. No caso em exame não operou a decadência dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, como suscitou o recorrente. Não acolhida a preliminar de mérito, quanto à decadência. Infração comprovada. Não acolhida a preliminar de mérito, quanto à decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuida o presente de apreciar o Recurso Voluntário em relação à Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 24/11/2009, exigindo R\$14.773,67, acrescido da multa de 50%, por recolhimento a menor, referente à antecipação parcial do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização na condição de microempresa, procedentes de outra unidade da Federação.

Presentes aos autos, a i. JF diz que o contribuinte deveria promover a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias que lhe foram destinadas à comercialização, independentemente do regime de apuração adotado. E que deveria ser aplicada à alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme art. 352-A.

Rejeitam preliminarmente as nulidades arguidas pelo autuado, por não pairarem dúvidas ou mesmo correções a serem feitas com base no §1º do art. 18 do RPAF/BA, de vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário.

Verificam cumprido o devido processo legal, tendo o impugnante exercido a ampla defesa e o contraditório, consoante a obtenção das peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Observam o PAF revestido de todas as formalidades legais, sem violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Aludem que de fato o autuado efetuou o recolhimento a menos, fato não contestado pelo mesmo, o qual se restringiu a arguir a decadência dos períodos de 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004 e 31/10/2004, reconhecendo a exigência dos períodos de 30/11/2004 a 31/12/2004.

Destacam que apoiado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, o autuado argumenta que a ciência acerca da autuação, deu-se em 01 de dezembro de 2009, e que desta forma os fatos geradores, relativos às exigências tributárias concernentes aos períodos de 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004,

30/09/2004 e 31/10/2004, estariam atingidos pela decadência, pois que foi regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores compreendidos nestes períodos.

Citam que essa questão é alvo de inúmeros acórdãos, em que de forma reiterada é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08. E que o Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

Apontam que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”.

Aduzem contrapor-se o 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, estabelecendo como prazo de decadência também os 5 anos, porem contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Concluem que dessa forma, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2004 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2010 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2009, 01 de dezembro de 2009, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2004.

Aludem que no caso presente, não há como aplicar o arguido princípio do “*in dubio pro reo*”, pois não existem dúvidas quanto à ocorrência do fato gerador, e assim da obrigação tributária.

Destacam que à época dos fatos geradores a multa prevista para tal infração era a de 60% constante do art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7014/96, cabendo a modificação da multa de 50% para 60%, conforme dispositivo legal indicado. Consideram mantida a exigência original, com alteração da multa para 60%.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, mediante procurador o recorrente expõe dificuldades havidas na recepção da Intimação dos feitos a que alude o presente PAF, e ao final entendendo que o prazo foi devolvido, como soe ocorrer.

Acatam estarem corretas as exações geradas em 30/11/2004 e em 31/12/2004.

Insurge-se o recorrente quanto aos lançamentos anteriores e correspondentes aos meses de marco, maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2004, de conformidade ao art. 150, parágrafo 4º do CTN, o ICMS se enquadra como tributo sujeito ao lançamento por homologação. Firma seu entendimento que o que se homologa e o pagamento antecipado efetuado, consoante citado art. 150 e o art. 142 do CTN.

Aduz o recorrente que na ocorrência de pagamento antecipado pelo sujeito passivo, compete ao fisco à homologação deste, e no caso a menor, cabe o lançamento de ofício para constituição do crédito remanescente. Assim sendo, indica, todo o exercício de 2004 não poderia estar abrangido pelo Auto de Infração de 25/11/2009.

Comenta ser lapidar que a exação fiscal esta sob a égide da Decadência do poder do Fisco em constituir crédito tributário nesta situação.

Transcreve citações do prof. Paulo Barros de Carvalho acerca da homologação em pagamento antecipado, Ementa do ST Justiça, e do ST Federal, tratando de Decadência e de Prescrição.

Ao final de seu Recurso Voluntário, o recorrente requer:

- a) Seja julgada NULA a parte impugnada nos presentes autos.
- b) Caso vencido pleito anterior, seja acionada a Hermenêutica contida nos Art. 112, II e III do CTN.
- c) Para eventuais duvidas razoáveis, requer a aplicação do Principio Universal do *In Dubio Pro Reo*,

No âmbito da PGE/PROFIS, em despacho às fls. 87, i. Procuradora devolve o PAF sem Parecer jurídico em virtude da tramitação do Procedimento de Uniformização Judicial acerca da matéria de Decadência – PGE 2010391236-0.

Em outro despacho, a i. Procuradora Assistente considerando a Decisão do Procurador Geral do Estado em sobrestar o andamento dos processos nos quais se discuta a questão Decadência, até a Decisão final do referido incidente, encaminha os autos, por falta de estrutura física na NCA, ao gabinete do Procurador-Chefe da PROFIS/PGE.

Em Despacho às fls. 89, o i. Procurador Geral do Estado informa que a revisão de Parecer suscitada no PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, devendo os processos sobrestados serem analisados de acordo com anterior entendimento da PGE/PROFIS. O mesmo acolhe sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe, determinando retorno do expediente à PROFIS para elaboração de minuta de projeto de lei, alterando a regra prevista pelo art. 107-B, §5º do COTEB, com o propósito de afastar divergências quanto a prazos estabelecidas entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.

O Parecer às fls. 90 e 91 da lavra da i. procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa aponta que o início do prazo decadencial e em princípio o fato gerador da obrigação tributaria, mas que a legislação baiana, respaldada em autorização legal (art. 150 do CTN), fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual devera se iniciar o prazo decadencial, transcrevendo o Art. 28, 1 da legislação estadual.

Cita a i. Procuradora texto do prof. Paulo de Barros Carvalho...*cabe a Lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, ele será de 05 anos, a partir do acontecimento factual.*

Reforça sua alegação transcrevendo parcialmente Ementa dos Trtbunais Superiores...***Nao havendo prazo fixado por Lei para a referida homologação, será ele de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador*** (art. 150, 4 do CTN).

Emite Parecer opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando que não há que se falar em Decadência, pois a autuação se deu em 24/11/2009, relativamente a fatos geradores de 2004.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência)

De conformidade ao visto nos autos em comento, a acusação fiscal refere-se à situação de debito em que incorreu o acusado oro recorrente, conforme Auto de Infração lavrado em 24/11/2009, exigindo R\$14.773,67, acrescido da multa de 50%, por recolhimento a menor da antecipação parcial do ICMS, devida na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, na condição de microempresa, procedentes de outra unidade da Federação.

Na apreciação da preliminar de nulidade invocada, observo que na constância de seu Recurso Voluntário, o recorrente desenvolve citações legais, ao longo das quais depreende-se entender e se firmar convictamente de que a quase totalidade dos lançamentos fiscais componentes da acusação, se achavam abrigados pela Decadência, eis que desde a época das datas-bases desses lançamentos, ate a data do Auto de Infração em lide (24/11/2009), já haviam decorridos 05 anos,

dentro dos quais a SEFAZ não tendo se manifestado, conforme ditames legais, deu azo à ocorrência da tácita homologação dos mesmos.

Dispiciendo citar ser cediço neste CONSEF, o julgamento de que tais ocorrências, à luz do quanto indica o COTEB/BA, considera que a data inicial de contagem de prazo para fins de enquadramento na decadência, se dá a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao do fato gerador do lançamento básico.

No entanto, atento ao quanto dispõem os presentes autos, no ambiente da PGE/PROFIS, denoto que;

- a) Despacho devolutivo às fls. 87, encaminhando em retorno os presentes autos, para aguardarem finalização do Processo de Uniformização Judicial acerca da matéria Decadência (PGE 20103981236-0);
- b) Às fls. 88, i. Procuradora Assistente encaminha os autos ao gabinete do Procurador Chefe da PGE/PROFIS;
- c) Às fls. 89, o i. Procurador Geral do Estado informa que a revisão de Parecer suscitada no PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, e Despacha para que os processos sobrestados seriam analisados de acordo com anterior entendimento da PGE/PROFIS;
- d) As fls. 90 e 91, a i. Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa acata determinação emanada conforme “c”, acima, elaborando Parecer conclusivo pelo Não Provimento do Recurso apresentado, apontando que o início do prazo decadencial em relação aos fatos gerados em 2004, deu-se em 01 de janeiro do ano seguinte, de 2005, consoante art. 107 do COTEB e previsão do art. 150, § 4º do CTN. Portanto, lavrado o Auto de Infração em 24/11/2009, devesse ser afastada a alegação de decadência.

Destaco restar latente a insegurança procedimental da forma como os fatos e as ocorrências se apresentam.

O Recurso em análise alude com argumentos vigorosos, focando em já ter-se operado o instituto da Decadência, tendo em vista que as exações fiscais acusadas padecem do poder de cobrança, transcorridos que foram os 05 anos de cada fato gerador, sem que o estado embora recebendo impostos minorados, a tempo, tivesse se manifestado, donde se depreende ter ocorrido a homologação tácita desses lançamentos.

A argumentação mais significativa e adequada trazida aos autos foi a de não competir ao legislador infraconstitucional, adentrar aos ditames da CF/88, ou em LC, na intenção de regular ou afetar os dispositivos regulamentares.

Assim, entendo que a decadência alegada cobriu os fatos fiscais originados até outubro de 2004, restando a descoberto as exações abaixo, para as quais não dou provimento:

DATA OCORRENCIA	DTA VENCTO.	VALOR HISTORICO
30/11/2004	09/12/2004	R\$ 2.928,98
30/12/2004	09/01/2005	R\$ 585,54
SOMA.....		R\$ 3.514,52

Dado que fui vencido na preliminar de decadência, em decisão por maioria, volto-me a analisar o mérito.

Ao longo do seu Recurso Voluntário, assim como os autos, não citam ou contém provados, nenhum dos recolhimentos das antecipações parciais a que alude a sujeição passiva.

Cinge-se o recorrente a impugnar pela decadência das acusações relativas aos meses de março, maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2004 e, reconhecendo as correspondentes aos meses de novembro e dezembro de 2004, não restando alegado ou justificado o não recolhimento dos anteriores meses de março a outubro de 2004.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Peço *venia* ao ilustre relator para discordar do seu entendimento de que a decadência alegada cobriu os fatos fiscais originados até outubro de 2004.

No caso em exame não operou a decadência dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, como suscitou o recorrente e entendeu o ilustre Relator, pois, conforme previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), *fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário.*

Há de se ressaltar que cabe a autoridade julgadora cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretario da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal e que não se incluem na competência deste Colegiado a declaração de inconstitucionalidade, consoante previsto nos artigos 167 e 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 24.11.2009, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2004, conforme bem salientou o opinativo da PGE/PROFIS, o qual acolho, cujo termo deste direito só ocorreu em 31.12.2009.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Preliminar de Decadência e como não houve razões de mérito, uma vez que o Recurso Voluntário se atém apenas às arguições de decadência, concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **083440.0060/09-0**, lavrado contra **R&R COMÉRCIO DE PISOS E PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.773,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência): Conselheiros(as): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Valtércio Serpa Júnior e Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência): Conselheiros(as): Oswaldo Ignácio Amador, Vanessa de Mello Batista e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

ALINE SOLANO DE SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS