

PROCESSO - A. I. Nº 110085.0009/10-5
RECORRENTE - CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA. (O 68)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0252-01/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0033-11/13

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. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Não acolhida a arguição de decadência. Vencido o voto da relatora. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em destaque que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 29/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 42.312,87, por imputação de duas infrações, a saber:

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%.

Em primeira instância deste CONSEF a lide foi dirimida sob os fundamentos adiante transcritos com base no voto condutor, *verbis*;

“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, conseqüentemente, 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 iniquem 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, prevêm 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.

Diante 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.”

Resistindo ao teor do julgado de base, o sujeito passivo sustenta sua tese recursal às fls. 348/355 apenas quanto à decadência parcial da dívida, especificamente, do valor com data de ocorrência em 31/05/05 –infração 1 e 31/03/05 e 31/07/05- infração 2, eis que alega ter sido intimado apenas em 30/09/10, tendo se passado mais de 5 anos conforme o previsto no art. 150, § 4º do CTN para que a autoridade fazendária constituísse o crédito.

Em socorro de seu argumento, cita jurisprudência do STJ às fls. 350/351, tendo um acórdão sido relatora a Ministra Eliana Calmon.

Conclui que diante desta pacificação jurisprudencial que deve ser aplicado o art. 116- A do RPAF e que em havendo pagamento ainda que parcial incide a regra do art. 150, § 4º do CTN, enquanto que somente quando não há pagamento é que incide a do art. 173 do CTN. Volta a transcrever jurisprudência do STJ e finda requerendo o provimento pela reforma do julgado de piso e anulado os débitos supra referidos e que no caso concreto seja aplicada à norma do art. 116- A do RPAF ante as reiteradas decisões judiciais aplicando o art. 150, § 4º do CTN.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer às fls. 360/362, afirmando que o pagamento antecipado é o elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, ou seja, sem a antecipação do pagamento não há que se falar em lançamento por homologação, pois não há o que ser homologado.

Nesse sentido pontua que, como entremostra o art. 150, § 4º do CTN, que ocorre o lançamento por homologação quando a autoridade expressamente homologa a atividade do sujeito passivo, ante o termo “a atividade assim exercida” o que se dá com o pagamento antecipado. Cita doutrina de Luciano Amaro.

Destaca que a falta de pagamento do imposto ou o pagamento a menor desloca o linde decadencial para as balizas do art. 173 do CTN e não do art. 150 § 4º do CTN, transcrevendo jurisprudência do STJ. Por derradeiro, opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência)

O Recurso Voluntário trafega apenas no sentido de requerer a aplicação parcial da decadência do imposto com data de ocorrência em 31/05/05 – infração 01 e 31/03/05 e 31/07/05- infração 2, e assim

afirma sob o argumento de que sua intimação ocorreu somente em 30/09/10, após o curso de mais de 5 anos.

Compulsados os autos, confirmo que as infrações que lhe são imputadas não se tratam de faltas de recolhimento do tributo, mas sim de recolhimento a menos, o que faz atrair a regra do art. 150, § 4º do CTN combinada com a do art. 116-A do RPAF, já que houve pagamento, mesmo que parcial.

Considero, pois, sendo este o único pleito do Recorrente, que lhe assiste razão, pelo que reformo a Decisão de base para declarar a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativos à data de ocorrência de 31/01/2005, na infração 1 e de 31/01/2005, 31/03/2005 e 31/07/2005, na infração 2.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Em que pese o voto proferido pela Relatora, entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“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.”* (grifos não originais)

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 –declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: *“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há que se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante:

1. da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. do entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. do despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de *“minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”*

Ante o exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar de decadência e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, 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 **110085.0009/10-5**, lavrado contra **CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS LTDA. (O 68)**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, Valnei Sousa Freire e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS