

PROCESSO - A. I. Nº 206769,0023/10-5
RECORRENTE - PLACE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0218-05/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/06/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0153-11/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** TRANSFERÊNCIA A MAIOR DO SALDO CREDOR; **b)** AUSÊNCIA DOCUMENTO COMPROBATÓRIO; **c)** APROPRIADO A MAIS; **d)** APROPRIADO EM DUPLICIDADE; **e)** NÃO DESTACADO; **f)** DESTINATÁRIO DIVERSO DO AUTUADO. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO; **b)** ICMS LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** RECOLHIDO A MENOS; **b)** NÃO RECOLHIDO. Infrações caracterizadas. Razões recursais limitadas à arguição da decadência do direito de a Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 30/09/2010, para exigir ICMS no valor de R\$82.506,78, por imputar o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$3.119,65, no mês de janeiro de 2005, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 12.495,65, nos meses de março, outubro de 2005 e fevereiro, julho e agosto de 2006, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 1.855,21, em decorrência do desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de dezembro/2005;

INFRAÇÃO 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, lançados em “Outros Créditos” do RAICMS, a título de “Crédito Antecipação Parcial”, no valor de R\$ 23.637,18, nos meses de junho a agosto, novembro e dezembro de 2005, janeiro, abril e novembro de 2006;

INFRAÇÃO 5 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 11,00, no mês de outubro de 2005, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação;

INFRAÇÃO 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 201,91, nos meses de outubro de 2005 e janeiro de 2006, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade;

INFRAÇÃO 7 – Utilizou crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, na quantia de R\$ 2,41, no mês de março de 2005;

INFRAÇÃO 8 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 327,10, no mês de setembro de 2006, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal;

INFRAÇÃO 9 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 111,77, nos meses de janeiro e fevereiro de 2005, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais;

INFRAÇÃO 10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.369,16, nos meses de janeiro a março, agosto e outubro de 2005 e março a maio de 2006, referente a imposto não destacado em documentos fiscais;

INFRAÇÃO 11 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.510,88, em todos os meses de 2005 e 2006, a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final;

INFRAÇÃO 12 – Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 150,14, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, nos meses de janeiro, agosto e setembro de 2005;

INFRAÇÃO 13 – Deixou de recolher o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 33.714,72, nos meses de fevereiro, maio a julho, outubro a dezembro de 2005 e março a maio, agosto a dezembro de 2006, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização.

A JJF decidiu a lide com lastro no voto condutor proferido nestes termos:

“O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de treze infrações, com o débito exigido no montante de R\$ 82.506,78, consoante demonstrativos apenso aos autos.

Inicialmente, quanto ao pedido do autuado para a realização de diligência a fim de comprovar, a partir do exame de sua contabilidade, sua alegação de que já havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o indefiro, uma vez que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Da análise das razões de defesa, verifica-se que a impugnante limita-se apenas a arguir a decadência do direito de a Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário, inerente aos fatos geradores relativos ao exercício de 2005, por entender que, à época da ciência do Auto de Infração pelo sujeito passivo, em abril de 2011, já tinham se passado mais de cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência do fato gerador.

Com fundamento na 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, insita 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, em conformidade com o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN.

Por sua vez o art. 142 do CTN prevê que o crédito tributário é constituído pelo lançamento, de competência da autoridade administrativa, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinando a matéria tributável, calculando o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo e, sendo o caso, propondo a aplicação da penalidade cabível. Em outras palavras, no caso concreto, o crédito tributário se constitui através da lavratura e do registro do Auto de Infração pelo preposto fiscal competente.

Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 30/09/2010, e seu consequente registro na repartição fiscal, ocorrido em 08/10/2010, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2005.

Como as razões de defesa não tecem qualquer impugnação aos números apresentados pela autuante, inclusive quanto aos fatos geradores relativos ao exercício de 2006, os quais nem sequer se incluem na linha utilizada pela defesa de ter operado a aludida decadência, só nos resta concluir pela subsistência das infrações contidas no Auto de Infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário de fls. 716/728 para reiterar a tese defensiva, de que o crédito tributário apurado refere-se ao período de 31/01/2005 à 31/12/2006, tendo a Fazenda Estadual lhe intimado apenas em abril de 2011, após operada a decadência que é modo de extinção do crédito à luz do art. 156, V, do CTN, já que entre o vencimento do tributo exigido e a constituição definitiva do crédito tributário, com a sua regular notificação, passaram-se mais de cinco anos, operando-se a extinção do crédito tributário por força da decadência, comprovando a nulidade do Auto de Infração.

Faz alusão aos artigos 156 e 173 do CTN, como também o art. 965 do RICMS. Salienta que a autuação se constituiu com a regular intimação do contribuinte, o que somente ocorreu em abril de 2011 e que o primeiro dia do exercício seguinte aos vencimentos ocorridos entre 01/01/2005 à 31/12/2006 foi 01/01/2006, tendo o prazo decadencial vencido no dia 01/01/2011, e, que, portanto, houve a decadência do crédito tributário por ter sido ultrapassado o prazo limite de cinco anos entre o vencimento da obrigação tributária e a sua constituição definitiva.

Defende a extinção de parte do crédito consoante a regra do art. 156, V, do CTN, o que teria o condão de obstar o lançamento do crédito. Cita doutrina e jurisprudência.

Suscita, ainda, o argumento de que, a extinção do crédito tributário ocorreu de qualquer modo por força da homologação tácita do lançamento como prescreve o art. 150, § 4º, do CTN por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, através do qual o sujeito passivo antecipa o recolhimento do tributo para posterior validação pelo Fisco.

Por fim, pede o conhecimento e provimento do seu apelo.

Instada a PGE-PROFIS a emitir parecer, foi este exarado às fls. 735 a 737 afastando a decadência, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário tendo transcrito como suporte de sua posição o Acórdão nº 0102-12-05, *verbis*:

“No mérito, afasto a alegação de decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período entre 01/01/98 e 31/07/98, pois a legislação tributária do Estado da Bahia fixa o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.”

VOTO VENCIDO

O apelo do contribuinte cinge-se, unicamente, a reiterar a tese de ter operado a decadência quanto ao crédito tributário relativo ao exercício de 2005, nada tendo sido arguido em relação a 2006, constando como argumento recursal que somente em abril de 2011 houve a sua regular intimação e, por isto, afirma ter decaído o crédito com lastro nos artigos 156, V e 173 do CTN c/c o art. 965 do RICMS-BA.

Infiro que, na informação fiscal de fls. 689/699, consta a posição diversa, ou seja, de que a intimação efetivou-se em 23.11.2010 através do contador da autuada, o Sr. José Roberto Moura de Souza.

Posta a controvérsia nestes termos, do exame do PAF, extraio, sem reboço de dúvida, que a intimação de fl. 656- A, em verdade, não foi assinada pelo referido contador, mas sim pelo Sr. Diego Santiago da Cruz, Auxiliar Contábil, tendo ali sido apostado apenas o carimbo do contador, mas não a sua assinatura, não tendo, portanto, o ato intimatório atingido regulamente o seu desiderato, já que ao autuado não foi dada efetiva ciência da lavratura do Auto de Infração.

Logo, razão assiste ao recorrente, eis que sua intimação acerca da lavratura do lançamento de ofício ocorreu apenas em abril de 2011 e não em novembro de 2010 como entendeu o Fisco.

Devo ainda concluir que, entre o vencimento do tributo exigido do período de 31/01/2005 a 31/12/2005 e a constituição definitiva do respectivo crédito tributário, passaram-se mais de 05 (cinco) anos, e ao ser lançado, já havia operado a decadência relativamente aos fatos geradores do exercício de 2005 à luz do preceito do art. 156, V, c/c art. 173 I, do CTN c/c art. 965, I do RICMS-BA, que estabelecem o prazo de homologação em cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nestes termos, considerando a preliminar de decadência assim arguida pelo recorrente quanto ao exercício de 2005, a acolho e, no mérito, voto pela exclusão dos valores respectivos, ficando mantidos aqueles exigidos relativamente ao exercício de 2006.

É como voto, PROVER PARCIALMENTE do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR

Verifico que o sujeito passivo no Recurso Voluntário interposto reiterou a tese de que operou se a decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2005 a 31/12/2006, em razão de ter sido intimado no mês de abril/11.

Conforme disposto no art. 173, § Único do CTN, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário se extingue por decurso de prazo quando a autoridade administrativa deixa de adotar procedimentos tendentes a verificar a ocorrência do fato gerador, prazo este de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I do CTN).

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- a) Em 14/09/10 a empresa foi notificada para apresentar documentos fiscais pertinentes à sua escrituração fiscal, tendo o Contador José Roberto M. de Souza assinado intimações específicas, inclusive com aposição de carimbo, de acordo com documentos às fls. 65 e 128;
- b) No dia 21/09/10, o mesmo Contador, prestou declaração à fl. 129, juntando demonstrativo e cópias de notas fiscais (devoluções);
- c) Em atendimento à intimação feita em 11/08/10 (fl. 638) o Contador José Roberto, devidamente credenciado no cadastro do contribuinte (fl. 640) prestou declaração acerca de documentos fiscais (fl. 637).
- d) Na data da lavratura do Auto de Infração (30/09/10) a autuante fez constar à fl. 6, que os responsáveis pela empresa não foram localizados. Foi então cientificado da autuação o escritório contábil, onde o auxiliar administrativo do escritório de contabilidade (Diego Santiago da Cruz) após carimbo do Contador José Roberto (fl. 656-A).
- e) Expedido intimações para a empresa (fls. 667 e 669), apresentou defesa a sócia Elaine Cristina Soares de Almeida Mota (fl. 681) que consta na 7ª alteração contratual (fl. 683) protocolado na Junta Comercial em 09/06/08. Esta sócia não constava no cadastro da SEFAZ em 27/09/10 conforme documento à fl. 640.

Pelo exposto, na situação presente, com relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, a contagem do prazo inicial da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme determina o art. 107-B, §5º do COTEB (Lei nº 3.956/81) que *“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”*, cuja decadência ocorreria se o lançamento fosse feito depois de 31/12/10.

Logo, diante dos procedimentos administrativos adotados pela fiscalização durante o exercício de 2010 e formalização do lançamento materializado com a lavratura do Auto de Infração, não pode ser interpretado que a Fazenda Pública ficou inerte, inclusive cientificado o Contador da empresa, através do seu escritório de contabilidade, conforme documento à fl. 656-A.

Ressalto ainda, que conforme entendimento manifestado por Alberto Xavier (Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, 2.ed. RJ, 1998, pg. 194/195), “*a notificação do lançamento constitui ato receptício, destinado a comunicar ao contribuinte o fundamento da exigência, bem como definir o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação*”.

Assim, notificação e lançamento são atos distintos e não deve se confundir que a data da ciência do Auto de Infração constitui o lançamento. Esse entendimento já foi manifestado em diversos Acórdãos do CONSEF, a exemplo do CJF 232-11/03; CJF 320-11/03; CJF 352-11/03, bem como os indicados pela PGE/PROFIS no Acórdão CJF 0102-12/05 e RESP 246255/SP-STJ (fls. 736/737).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206769.0023/10-5**, lavrado contra **PLACE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$82.506,78**, acrescido das multas de 50% sobre R\$12.495,65 e 60% sobre R\$70.011,13, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

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