

PROCESSO - A. I. Nº 114654.0002/12-7
RECORRENTE - MAXISANDÁLIAS COMÉRCIO LTDA. (FLIP FLOP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0266-02-12
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 26/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0219-11/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. Infração caracterizada, razões recursais não adentraram no mérito, limitando-se a argüições de nulidades que não foram acolhidas por não encontrarem amparo no RPAF/99. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 06/11/2012 (Acórdão n.º 00266-02/12) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2012, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 13.084,08, em decorrência de recolhimento a menor de ICMS devido quando da entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. A exigência fiscal foi assim descrita no Auto de Infração:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa Optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Concluída a instrução do feito, a 2ª JJF entendeu por bem, à unanimidade, afastar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, julgar Procedente o Auto de Infração (Decisão de fls. 208 a 211). Naquela oportunidade, assim se pronunciou o nobre Relator, tendo sido acompanhado pelos demais membros:

VOTO

Preliminarmente, quanto ao pedido para intimação do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, à fl. 1.166 dos autos, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Analisando a primeira argüição de nulidade do procedimento fiscal, por entender o defendente que o preposto fiscal, na condição de Agente de Tributos Estaduais não tem competência para constituir crédito tributário, observo que não lhe assiste razão, uma vez que desde 01/07/2009, o §§ 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com nova redação através do artigo 1º da Lei nº 11.470/09, in verbis:

“§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Portanto, considerando que o autuado encontra-se na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o autuante tem competência para fiscalizá-lo.

Quanto a preliminar relativa a alegação de falta de lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou a sua ciência, observo que o autuado foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais, conforme Termo de

Intimação à fl.04, devidamente assinado por preposto do autuado, sendo, portanto, cumprido o disposto no artigo 26 do RPAF/99.

Desta forma, tendo em vista que de acordo com o dispositivo regulamentar citado, também se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto fiscal, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, fica também rejeitada esta preliminar de nulidade, pois o sujeito passivo foi devidamente intimado conforme comprova o documento acima aludido.

Quanto a preliminar de nulidade de insegurança na determinação e apuração da infração e valores, verifico que o débito foi apurado com base nas planilhas intitulada de Cálculo do ICMS devido por Antecipação Tributária Total constantes às fls. 06 a 15, nas quais, encontram-se devidamente discriminados todos os documentos fiscais, data de emissão, valor da operação, crédito da nota fiscal, MVA, imposto devido e ao final de cada período foi deduzido o valor recolhido resultando nos valores que foram lançados no demonstrativo de débito. Ressalto que tais demonstrativos estão claros e permitem se identificar com clareza os números apurados. Assim, fica rejeitada esta preliminar, pois, o autuado não ficou impedido de exercer com plenitude o seu direito de defesa, pois recebeu uma cópia dos demonstrativos, conforme comprova a Declaração à fl. 157, devidamente assinada pelo preposto do autuado.

Analizando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos até 03/07/2007, observo que não assiste razão ao defensor, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/06/2012, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/07, findando-se em 31/12/12.

Quanto à jurisprudência citada na impugnação, a mesma não se aplica ao presente caso, por se tratar de situação diversa da que cuida este processo.

No que pertine aos aspectos constitucionais abordados, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo. (grifos meus)

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares acima comentadas, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação neste item, diz respeito a exigência de ICMS por antecipação ou substituição tributária, recolhido a menor nos prazos regulamentares, na condição de empresa optante do Regime do Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses especificados no demonstrativo de débito à 01, referente aos exercícios de 2007 e 2008.

Considerando que o sujeito passivo limitou sua defesa nas arguições de nulidades, que foram ultrapassadas por encontrar amparo na legislação tributária, no mérito mantendo o lançamento por restar comprovado o cometimento da infração que foi imputada ao autuado.

Nesta circunstância, considerando que os valores que estão sendo exigidos foram recolhidos a menor, foi acertado o procedimento fiscal, subsistindo a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, o competente Recurso Voluntário, através do qual reiterou todos os argumentos apresentados na defesa, os quais podem ser assim expostos em apertada síntese:

(a) Que o lançamento de ofício fora efetuado por servidor incompetente – Agente de Tributos Estaduais – procedimento que afronta o quanto disposto no artigo 18, inciso I do Decreto nº 7.629/99 que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF;

- (b) Que o lançamento encontra-se maculado de vício formal insanável, haja vista que inexistiu lavratura de Termo de Início de Fiscalização com prazo válido submetido ao subscritor da defesa;
- (c) Que há insegurança na determinação e apuração da infração e valores e, portanto, cerceamento do direito de defesa, uma vez que não foram apresentados ao contribuinte e aos seus advogados os demonstrativos analíticos dos valores lançados, indicando as operações, notas, valores e origem das operações;

Que os lançamentos efetuados, relativamente às operações ocorridas até 13/07/2007 foram atingidos pela decadência, uma vez que transcorridos mais de cinco anos entre a data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e a ciência do sujeito passivo acerca do Auto de Infração que teve contra si lavrado.

Arguiu adicionalmente nova preliminar de nulidade, desta feita relativa à Decisão de primeira instância, consistente na ocorrência de suposta supressão de instância.

No seu entender, a 2^a JJF deixou de analisar a alegação atinente à *fundamentação acerca do período de investidura do Digno ATE no seu cargo no Estado*.

Aduz que o órgão julgador *a quo* limitou-se a avaliar a questão da competência à luz da nova redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 11.470/09 aos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), deixando de se manifestar de forma expressa quanto ao aspecto temporal relativo à investidura.

Aqui, mas uma vez, repetindo os argumentos suscitados na defesa, sustenta que os dispositivos da referida lei, que conferem prerrogativa para a constituição de créditos tributários aos Agentes de Tributos Estaduais, foram objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN de nº 4.233/09, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Traz à colação em defesa de sua tese os Pareceres proferidos nos autos da mencionada ADIN pela Advocacia Geral da União e pelo Ministério público Federal que firmam entendimento pela procedência parcial do pedido para que seja conferida a interpretação conforme a Constituição Federal aos incisos I e II do artigo 2º da Lei nº 11470/09, limitando-se a aplicação de tais dispositivos apenas aos servidores de nível médio, cuja investidura se deu anteriormente à Lei 8.2010/02.

Conclui, destarte, que a Decisão deve ser anulada, a fim de que novo julgamento a salvo do vício seja proferido.

Protesta ao final pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e em especial pela posterior juntada de documentos, pugnando pela declaração de nulidade do lançamento.

Processado o Recurso Voluntário, os autos vieram-me sem opinativo da PGE/PROFIS.

VOTO

Inicialmente, entendo não haver vício capaz de provocar a anulação da Decisão de primeira instância quanto à arguição do recorrente no sentido de que a 2^a JJF deixou de apreciar de forma completa os argumentos relativos à incompetência do Agente de Tributos Estaduais quanto à constituição de créditos tributários, ensejando, portanto, supressão de instância.

Isto porque, ao contrário do quando aduzido pelo recorrente, toda matéria aduzida na defesa foi apreciada pela Decisão de piso. Senão vejamos:

De fato, ao iniciar o seu voto o nobre relator da 2^a JJF afastou a preliminar de nulidade arguida sustentando que a competência do Agente de Tributos para proceder à constituição de créditos tributários, decorrentes da fiscalização de estabelecimento de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional, encontra-se prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com a nova redação que lhe foi dada pelo artigo 1º da Lei nº 11.470/09.

Mais adiante, todavia, (trecho do acórdão que grifei) esclareceu que deixou de apreciar os aspectos constitucionais abordados – que abarcam a fundamentação acerca do período de investidura do servidor, objeto de apreciação em sede de ADIN – em razão de estar impedido de enfrentar matérias de natureza constitucional, em vista do quanto estabelecido pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Ora, se não houve emissão de juízo de valor em relação à constitucionalidade das alterações introduzidas pela Lei nº 11.470/09, foi em razão do óbice oposto pela legislação estadual a que a atividade administrativa está necessariamente vinculada, sendo esta a manifestação do órgão tal respeito. Assim é que não vislumbro nulidade da Decisão de piso quanto a este aspecto, diante do que rejeito a preliminar suscitada.

Quanto à competência do Agente Estadual de Tributos propriamente dita, entendo que também não assiste razão ao recorrente.

Como sabido, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.470/09 foram objeto de arguição de incidente de inconstitucionalidade nos autos da já mencionada ADIN nº 4.233. Ocorre que segundo informações obtidas do andamento processual disponibilizado no sítio do Supremo Tribunal Federal, em que pese a Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal já terem apresentado seus opinativos, nenhuma Decisão de mérito, ainda que de natureza precária, foi proferida nos autos até o presente momento.

Neste contexto, em estrita observância ao quanto previsto no inciso I do artigo 167 do RPAF, reservo a apreciação da inconstitucionalidade arguida ao Poder Judiciário a quem compete tal encargo, para aplicar o quanto previsto na Lei Estadual nº 11.470/2009, que atribuiu aos agentes de tributos a competência para constituir os créditos tributários, nas situações que especifica, afastando assim a nulidade perquirida pelo recorrente.

Quanto à alegação de inexistência de lavratura de Termo de Início de Fiscalização ou mesmo da intimação em relação à qual os prepostos do contribuinte não foram cientificados melhor sorte não assiste ao recorrente.

Como bem asseverou a 2ª JJF, nos termos do artigo 26, inciso II do RPAF, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento em que ocorrer a intimação, por escrito, ao contribuinte, preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Ademais, o inciso II do artigo 28 do mesmo diploma contém disposição expressa no sentido de que, uma vez intimado o sujeito passivo para que forneça esclarecimentos e ou documentos às autoridades fiscais, restará dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Pois bem! Há nos presentes autos prova inequívoca (intimação de fl. 04) de que a responsável legal do sujeito passivo, sua sócia gerente, foi devidamente intimada a apresentar documentos e livros fiscais, ato administrativo que, nos termos da legislação de regência, inaugurou o procedimento fiscalizatório que culminou na lavratura do Auto de Infração em referência, sendo totalmente despicienda a intimação do preposto indicado no instrumento de mandato. Daí porque, entendo irretocável a Decisão de piso também quanto a este aspecto.

De igual maneira, não há como acolher a preliminar de nulidade suscitada, relativamente ao cerceamento do direito de defesa decorrente da falta de apresentação ao contribuinte e a seu preposto dos demonstrativos analíticos que evidenciam os critérios adotados pelo auditor fiscal autuante, para fins de quantificação do crédito tributário.

O Auto de Infração tem como subsídio os demonstrativos de cálculo de folhas 06 a 15, denominados *Cálculo do ICMS Devido por Antecipação Tributária Total*, onde constam especificados, por período de apuração, a fonte de onde foram extraídas as informações, as notas fiscais e respectivas data de emissão e unidade da Federação de origem, a base de cálculo do ICMS, o imposto destacado, o MVA aplicado, a base de cálculo e imposto devido por antecipação, os valores recolhidos e a correspondente diferença a recolher. Tais demonstrativos também

foram entregues à responsável legal do sujeito passivo que declarou os ter recebido e conferido (Declaração de fl. 157).

Assim é que, com fulcro no quanto disposto no artigo 109, I do RPAF, entendo desprovida de viabilidade jurídica a pretensão do recorrente.

Finalmente, quanto à preliminar de decadência suscitada em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente à 13/07/2007 – data em que o contribuinte tomou ciência da lavratura do Auto de Infração entendo também não assistir razão ao recorrente.

Em que pese não filiar ao posicionamento firmado pela 2ª JJF, porque, a meu ver, aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação – como é o caso do ICMS – deve ser aplicado, em regra, o quanto disposto no artigo 150 §4º do CTN. No presente caso, curvo-me à jurisprudência uníssona emanada dos Tribunais Superiores no sentido de que o referido dispositivo só deve ser invocado nas hipóteses em que há recolhimento, ainda que parcial, do tributo, fato que não ocorreu nos presentes autos. Senão vejamos:

Cotejando o demonstrativo de fl. 5 dos autos, relativo ao período de apuração julho de 2007, com as notas fiscais que lhe deram suporte (fls. 16 a 43) constato que apenas três notas fiscais, as de nºs 26728, 26577 e 27307, acusam entradas de mercadorias com data anterior 13/07/2007.

Ocorre que, prosseguindo na análise do demonstrativo, desta feita em relação aos valores recolhidos pelo recorrente, verifico que não há recolhimentos correspondentes às mencionadas notas fiscais, conforme a seguir demonstrado:

NF	Emissão	Valor Recolhido
31824	21/07/2007	972,70
29780	11/07/2007	3.578,47
30772	17/07/2007	124,25
31224	19/07/2007	206,12
Recolhimentos Efetuados		4.881,54

Assim, considerando que a teor do artigo 371 do RICMS/BA, o fato gerador do tributo devido por antecipação ocorre quando da entrada das mercadorias no território deste Estado e considerando ainda que, conforme evidenciado, não houve recolhimento em relação aos documentos fiscais listados, afasto a preliminar de decadência suscitada.

Ante a tudo o quanto foi até aqui exposto NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto mantendo os termos da Decisão de Primeira Instância que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 114654.0002/12-7, lavrado contra **MAXSANDÁLIAS COMÉRCIO LTDA. (FLIP FLOP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.084,08**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS