

A. I. Nº - 209732.1001/14-5
AUTUADO - ARILUZ COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. - ME
AUTUANTE - JOSÉ ÂNGELO DE SOUZA NETO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 25.08.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-04/15

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO ATRAVÉS DOS VALORES CONSTANTES NAS REDUÇÕES Z DO ECF E AQUELAS LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM DUPLICIDADE. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado não questionou o mérito da autuação. Argumentos defensivos limitados a arguir, em primeiro momento, a decadência do lançamento em sua totalidade e, em fases posteriores, suscitar a ocorrência da prescrição. Argumentos não acolhidos. Acusações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/10/2014, cuida da exigência de crédito tributário no valor histórico na ordem de R\$79.794,66 em decorrência das seguintes acusações:

Infração 01 - 09.04.05: Omitiu saídas de mercadorias tributáveis face a divergência entre o acumulado no equipamento e o lançado no livro Registro de Saídas, com imposto reclamado no valor de R\$69.834,35. Anexo demonstrativos de débitos do ICMS devido e não contabilizados no livro Registro de Saídas, apurados nas reduções Z do Emissor de Cupom Fiscal, ref. aos meses de: janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício 2009, cópias do livro Registro de Saídas, Reduções Z e Leituras Memória Fiscal. Multa aplicada de 70% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 16.05.11: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), sendo aplicada penalidade no valor de R\$140,00, prevista pelo Art. 42, inciso XVIII, alínea "c" da Lei nº 7.014/96. Anexo demonstrativo dos lançamentos no livro Registro de Apuração de ICMS versus DMAs - Audif 241, fotocópias do livro RICMS e DMAs, referente ao exercício 2009.

Infração 03 - 01.02.20: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$7.706,97, referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. Anexo demonstrativo de débito da auditoria de crédito indevido do ICMS lançado em duplicidade no livro Registro de Entradas, cópias xerográficas do livro RE e DANFES, referente aos meses de julho, agosto, setembro e setembro do exercício 2009. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial no valor de R\$104,19, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Anexo demonstrativo de débito do pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Parcial, em operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização no Estado da Bahia, no mês de março, exercício 2009 e cópias

xerográficas das notas fiscais. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no total de R\$2.009,15, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Anexo demonstrativo de débito da falta de pagamentos do ICMS devido na Antecipação Parcial em operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização no Estado da Bahia, ref. aos meses de: janeiro, março, maio, julho, agosto, setembro e novembro do exercício 2009 e cópias xerográficas das notas fiscais. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 390 a 401, foi anexado o Processo SIPRO nº 216873/2014/8, com data de 14/11/2014, referente ao Requerimento de Parcelamento de Débito do valor total autuado, R\$79.794,66, o qual não consta que foi deferido e, também, não houve qualquer pagamento.

Em 17/11/2014, o autuado, por intermédio do seu patrono, ingressou com petição protocolada sob nº 217815/2014-6, fls. 402 a 406, dizendo-se inconformado com a lavratura do Auto de Infração e que, por esta razão, passa a apresentar Defesa Administrativa, onde, após transcrever as infrações que lhe foram imputadas, diz que na esteira do comando do Art. 5º, LV da Constituição Federal, reserva-se no seu sagrado direito de apresentar defesa no decorrer do PAF que se inicia, tendo em vista seu convencimento tardio de que nada deve ao Fisco estadual, incluindo créditos tributários alcançados pela decadência. Destaca, por fim, que fica desde já cancelado o "acordo de pré-parcelamento" cujo rompimento se faz com o não pagamento da entrada ou primeira parcela.

Em 26/11/2014, o autuado ingressou com nova petição, Processo SIPRO nº 223745/2014-3, fls. 409 a 416, arguindo que para às infrações 01 a 05 deste Auto de Infração, os fatos geradores encontram-se alcançados pela prescrição da dívida, eis que presentes os requisitos autorizadores previstos pelo Art. 174 do CTN, acrescentando que os fatos arrolados remontam ao período de janeiro a dezembro/2009, com mais de 05 (cinco) anos entre o lançamento tributário por declaração e a execução fiscal que sequer foi intentada.

Após transcrever o aludido Art. 174 do CTN, volta a afirmar que todos os requisitos nele contidos encontram-se presentes para a aventada prescrição, já que a cobrança do crédito sequer foi ajuizada. A este respeito cita e transcreve doutrina e jurisprudência.

Em conclusão destaca que prescrição é matéria de ordem pública, podendo, portanto, ser declarada de ofício pelos órgãos julgadores administrativos, e, nesta linha requer que seja declarado Nulo o Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 424 a 427, onde após efetuar a descrição dos fatos e proceder um resumo da defesa, destaca a forma regulamentar em que foi lavrado o Auto de Infração. Em seguida, pontua que o patrono da autuada ingressou com defesa administrativa requerendo o cancelamento do parcelamento do débito, o que não concorda já que o sócio administrador da empresa autuada, Sr. Ananias Barreto Andrade assinou e requereu à Inspetoria Fazendária de Ilhéus o parcelamento de débito (fls. 391 a 392), protocolado no SIPRO – Sistema de Protocolo Informações do Processo em 14/11/2014 sob o nº 216873/2014-8 (fls. 390) e, naquele ato declara estar ciente que nos termos do disposto no artigo 99-A, § 1º, Inciso I, do RIMCS Decreto 7.629/99 de 09/07/1999, que aquele requerimento de parcelamento implica na confissão irretratável e irrevogável da dívida objeto do pedido, “*in verbis*:”

Art. 99-A. Os sujeitos passivos poderão pleitear a liquidação em parcelas de débitos tributários em atraso, exigidos com base em Auto de Infração, Notificação Fiscal, Débito Declarado ou Denúncia Espontânea.

§ 1º O pedido de parcelamento produzirá os seguintes efeitos:

I - confissão irretratável e irrevogável do débito fiscal;

Neste passo, pontua que não tem que se falar em cancelamento de acordo de pré-parcelamento, uma vez que o reconhecimento da dívida fiscal já fora efetuado através do requerimento de parcelamento de débito (fls.390 a 392) e concedido conforme documentos acostados ao processo (fls. 393 a 401), independentemente do pagamento de qualquer parcela inicial.

Considera incabível também o seu pedido requerendo a nulidade do auto de infração alcançado pela prescrição ou decadência, haja vista ainda não haver decaído ou prescrito o prazo de 5 anos de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, previsão legal contida no artigo 966 e 965 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e artigo 173 Inciso I e artigo 174 do CTN – Código Tributário Brasileiro, aprovado pela Lei 5.172/66. Ainda, a requerente ingressa com a petição intempestivamente em 26/11/2014 (fls.409 a 417) prazo já inspirado para este recurso e que já fora alcançado pela confissão quando do seu requerimento de parcelamento de débito (fls. 390 e 391). Com isso, assevera que o pedido de nulidade e/ou cancelamento do auto de infração não deve prosperar, haja vista a ação fiscal obedeceu ao devido processo legal, os princípios de direito aplicáveis, aos procedimentos administrativos e a solidez das provas acostadas ao processo.

Mantém a exigência fiscal e pugna pela Procedência do Auto de Infração.

Após a informação fiscal, novamente o autuado voltou a se manifestar, doc. fls. 442 a 445, destacando que a petição que protocolou em 26/11/2014 foi complemento da sua defesa apresentada em 17/11/2014, observando em seguida que o argumento do autuante de que não se operou a decadência para os fatos geradores ocorridos no presente Auto de Infração é uma tentativa de "instalar confusão no processo" posto que, sua alegação foi da ocorrência da prescrição, repetindo argumentos já trazidos quando de sua manifestação anterior.

Conclui o patrono do autuado requerendo que as intimações pertinentes ao presente PAF lhes sejam dirigidas, sob pena de nulidade.

Às fls. 456 e 457 o autuante apresenta "Resposta à Manifestação" da autuada, onde preliminarmente salienta que esta em suas alegações apresentadas na Resposta a Diligência Fiscal às fls. 442 a 445 são as mesmas já descritas e repetidas em sua DEFESA constantes às fls. 403 a 405; 410 a 416 acostadas ao presente processo.

Destaca que primeira defesa, fls. 403 a 405, *"a impugnante não contesta as infrações contidas no auto de infração em lide, tão pouco apresenta fatos novos, apenas cita o instrumento da Decadência para alcançar os créditos tributários e decide que fica cancelado o ACORDO DO PRÉ-PARCELAMENTO do débito, dessa forma não tendo o que ser rebatido"*.

Acrescenta que a segunda defesa protocolada em 26/11/2014, fls. 409 a 416, ou "complemento da defesa" como dito pelo defensor, fls. 442, foi arguída a prescrição da dívida objeto do auto de infração para os fatos geradores dos períodos de janeiro a dezembro de 2009 requerendo a nulidade do auto de infração.

Observa que à luz da legislação torna-se essa defesa imprópria consoante o art. 133 da Lei nº 3.956/81 (COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia) ao asseverar que na defesa será aduzida por escrito, de uma só vez, toda a matéria que o impugnante entenda útil, indicando ou requerendo as provas e juntando, desde logo, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (grifo nosso).

Diz que apesar do acima exposto, manifesta-se no sentido de que nos termos do artigo 966 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 anos, contados da data de sua constituição definitiva; e o artigo 965 do mesmo diploma legal, prevê que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado (inciso I) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ressaltando que confere a Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir

de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97.

Logo, não há que se falar na perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário ou a ação para cobrança desse crédito relativo ao período fiscalizado de janeiro a dezembro de 2009.

Após outras considerações a respeito da condução dos trabalhos que motivaram a autuação, requer que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

Às fls. 462 a 465, o autuado ingressou com "Resposta à Réplica" onde praticamente repete os mesmos argumentos já apresentados anteriormente, enquanto que o autuante, voltou a se manifestar, fl. 472, mantendo seus argumentos já explicitados nos pronunciamentos anteriores.

VOTO

Inicialmente reporto-me ao Requerimento de Parcelamento do Débito constante a fl. 391 dos autos, o qual, no entender do autuante, se constitui em confissão irretratável do débito, enquanto que, para o autuado, quando da interposição da defesa, o considerou como cancelado, denominando-o de "*acordo de pré-parcelamento*", aduzindo, ainda que o rompimento se fez com o não pagamento da entrada ou primeira parcela.

Realmente, o Art. 99-A, § 1º do RPAF/BA, reza que o pedido de parcelamento produzirá o efeito de confissão irretratável e irrevogável do débito fiscal. Por outro lado, o Art. 99-C do mesmo Regulamento, condiciona o deferimento do parcelamento ao pagamento da inicial, bem como, a confirmação pela agência bancária da autorização de débito em conta, itens estes não atendidos. Em consequência, o parcelamento do débito não foi deferido, conforme se vê nos documentos de fls. 395 e 396. Com isso, não se efetivou o pedido de parcelamento do débito.

Por outro lado, vê-se que, ainda dentro do prazo para interposição de defesa, o autuado, por intermédio do seu patrono, ingressou com "Defesa Administrativa", fls. 402 a 406, a qual, ante aos fatos aqui narrados, entendo que deve ser conhecida e apreciada.

Ultrapassada a questão da admissibilidade da Defesa, passo a analisar os argumentos trazidos pelo autuado nesta peça impugnativa, que limitou-se a dizer que se reservava ao direito de apresentar defesa no decorrer do PAF que se inicia, destacando, ainda, o seu convencimento tardio de que nada deve ao Fisco Estadual, incluindo créditos tributários alcançados pela decadência.

Considerando que em relação ao mérito da autuação o autuado não apresentou qualquer impugnação, passo a enfrentar, neste momento, a preliminar de mérito que trata da questão de decadência, único argumento que a rigor foi trazido, mesmo que de forma genérica.

Neste sentido, não vejo como dar guarida ao argumento do autuado, visto que o legislador baiano tratou de prever prazo para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores), *in verbis*:

“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)”

Ressalte-se que o CTN, diploma legal com *status* de lei complementar, a quem cabe determinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, II, “b” da Constituição Federal, inicialmente fixa como marco inicial do prazo decadencial o fato gerador da obrigação tributária, mas, o § 4º do art. 150 respaldou que a legislação dos entes federados fixassem prazo

para homologação, ao cunhar, no início do parágrafo citado, a expressão ***“se a lei não fixar prazo à homologação”***. Assim, a legislação baiana - respaldada na autorização legal do art. 150, § 4º do próprio CTN, ou seja, autorização dada pela própria lei complementar que fixa as normas gerais em matéria de legislação tributária - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que a expressão “lei”, cunhada no dispositivo citado, deve ser entendida como lei ordinária, e não lei complementar. Portanto, a lei baiana, dentro do permissivo legal do próprio CTN, fixou prazo para homologação.

Por outro lado, temos que o Art. 173, inciso I, do CTN, dispõe que *“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”*.

Como visto, o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, que estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN, e, desta maneira, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 15/10/2014, entendo plenamente aplicável ao lançamento ora em apreço a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, que dispõe que o prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Desta forma, não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no exercício de 2009, o que somente se daria em janeiro de 2015, nos termos do inciso I do art. 107-A, do COTEB, acima citado.

Diante de todo o exposto, afasto a arguição de decadência suscitada pelo autuado de forma genérica, em relação a todos os fatos geradores espelhados pelo presente Auto de Infração.

Nas demais manifestações do autuado, o seu n.patrono suscita a nulidade do Auto de Infração ao entendimento de que ocorreu a prescrição para todos os fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, ao entendimento de que já decorreu mais de 05 (cinco) anos entre o lançamento tributário por declaração [15/10/2014] e a execução fiscal que sequer foi intentada.

Vejo que, o n.patrono labora em grande equívoco ao sustentar esta sua tese, confundindo o instituto da decadência com o da prescrição, que ocorrem em circunstâncias totalmente distintas. O primeiro, decadência, se processa em relação a constituição do crédito tributário, via lançamento, que, a rigor, não se trata de um fato consumado ou definitivo, podendo ocorrer alterações no transcurso das diversas fases processuais. Já o instituto da prescrição se verifica após a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso destes autos, visto que, estamos ainda na etapa inicial de julgamento em 1ª instância, onde o autuado, apresentou defesa regular, não sendo considerado revel e confesso, situação esta que em ficaria definitivamente constituído o crédito tributário, ressalvando ainda, nesta situação, o controle da legalidade, para que, a partir daí, passasse a se iniciar a contagem do prazo prescricional.

Com efeito, dispõe o Código Tributário Nacional, no seu artigo 174, *caput*, que:

“A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição definitiva”.

Assim é que, ao teor da legislação acima transcrita, de modo claro e objetivo, não se configura a hipótese da prescrição do crédito tributário para o caso sob comento.

Quanto ao pedido para encaminhamento das intimações na forma requerida pelo autuado nada impede que o setor próprio deste órgão julgador atenda tal pedido, entretanto observo que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal obedecem ao disposto pelo Art. 108 do

RPAF/BA, sendo que, por isso, o não atendimento do pleito do autuado não se configura motivo para nulidade dos atos processuais.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **209732.1001/14-5** lavrado contra **ARILUZ COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. - ME**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.654,66** acrescido das multas de 70% sobre R\$69.834,35 e de 60% sobre R\$9.820,31, previstas no Art. 42, incisos III, VII "a" e II "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00** prevista no inciso XVIII, alínea "c" do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 18 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR