

A. I. N° - 298958.0068/15-3
AUTUADO - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0142-02/16

EMENTA: ICMS. 1. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em relação aos itens 1 e 2, o sujeito passivo arguiu preliminar de mérito a decadência dos fatos geradores do ano 2010, e não impugnou a imputação em relação aos fatos geradores do ano de 2011. Não acatado o pedido de decadência dos fatos geradores do ano de 2010. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Fato não contestado. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10%. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1%. Infrações reconhecidas e recolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/12/2015, exige ICMS e MULTA no valor de R\$57.454,34, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

01 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$17.114,49, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, conforme demonstrativos anexos às folhas 11 a 60.

02 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$21.362,92, referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, março, maio, julho a setembro, e dezembro de 2011, conforme demonstrativos anexos às folhas 61 a 67.

03 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigida multa no valor de R\$ 17.617,00, conforme demonstrativos às fls.68 a 71.

04 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigida multa no valor de R\$1.359,93, conforme demonstrativos à fls.72 a 75.

O autuado foi cientificado da autuação em 08/12/2015 através da Intimação e AR dos Correios, fls.77 e 80, e em 03/02/2016, mediante Processo SIPRO n° 016647/2016-9, fls.82 a 93, após discorrer sobre a tempestividade da impugnação e os fatos constantes do AI em questão, reconhece integralmente as infrações 03 e 04, e informa que já foram frutos de parcelamento administrativo.

Quanto às infrações 01 e 02, declara que foram reconhecidas em parte, tendo em vista que o período de 01/01/2010 a 31/12/2010, não cabe mais a cobrança diante das inúmeras decisões proferidas nos Superiores Tribunais, as quais passa a expô-las e discuti-las.

Conceitua o ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação), aduzindo que é de competência dos Estados e do Distrito Federal, cuja sua regulamentação constitucional está prevista na [Lei Complementar 87/1996](#) (a chamada “Lei Kandir”), alterada posteriormente pelas novas Leis Complementares.

Destaca que o ICMS é um imposto de lançamento por homologação, também conhecido por “auto-lançamento”, através do qual os contribuintes prestam informações ao fisco, através das declarações e outras obrigações acessórias e logo após esta fase realizam o pagamento do montante informado na declaração, em seu respectivo vencimento, conforme legislação própria.

Invoca o artigo 150 e seus parágrafos do CTN para arguir que, no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa; que, uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação; e que esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. Assim, frisa que, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no §4º do artigo 150 do CTN.

Ressalta que esta matéria (decadência) está totalmente pacificada nos anais superiores e sendo manifestadas em inúmeras decisões, dentre as quais destaca o Agravo Regimental nos embargos de divergência em Recurso Especial (AgRg nos EREsp 1199262 MG 2011/0036985-1 e 1318020 RS 2012/0069993-3). Transcreve uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Apelação nº 0062657-48.2009.8.05.0001 (Salvador).

Prossegue comentando sobre decadência, e diz que diante dos argumentos jurídicos expostos entende não restar dúvida alguma que os fatos geradores ocorridos em 2010 já foram alcançados pelos efeitos da decadência prevista no artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Ao final requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente em relação às infrações tipificadas nos itens 01 e 02, excluindo-se qualquer crédito supostamente devido em razão de tributos declarados e/ou pagos no exercício 2010, face aos elementos comprobatórios ora suscitados.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais expedidos por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

Na informação fiscal às fls.102 a 111, o autuante mostra que a lavratura do PAF ora em lide, decorreu da identificação de irregularidades fiscais, verificadas nos Exercícios de 2010 e 2011.

Contrapondo-nos às razões defensivas, informa que em relação às infrações 01 e 02, o autuado em sua peça impugnatória, reconhece totalmente esta infração, referente ao período de 01/01/2011 a 31/12/2011 e alega a decadência para o período de 01/01/2010 a 31/12/2010.

Discordou da tese defensiva quanto a decadência dos fatos geradores ocorridos no ano de 2010, por entender que os valores constantes do Auto de Infração em tela, foram apurados por meio de lançamento de ofício, modalidade esta, passível de ser aplicada a todos os tributos.

Segue comentando que para os casos de lançamento de ofício, é regra geral que o início do prazo decadencial de cinco anos, ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tudo conforme redação do artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Salienta que o exercício em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o próprio exercício em que houver ocorrido o fato gerador. Desse modo, diz que a partir de 01/01/2011 contar-se-á, a

começar do zero, os cinco anos de decadência. Então, no caso concreto, 01/01/2011 será o marco inicial do primeiro ano para contagem do prazo decadencial, o qual se esgotará em 01/01/2016, ressalvando que no PAF sob análise, a ciência foi dada ao contribuinte na data de 09/12/2015, portanto, bem antes do prazo de ocorrência da decadência, prevista no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei 5172 de 25/10/1966.

Lembra que a regra da decadência prevista no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, é aplicada quando o contribuinte apura o imposto não o recolhe ou, o recolhe parcialmente, e no caso destes autos o lançamento de ofício, foi constituído a partir da iniciativa exclusiva do agente fiscal, sem qualquer colaboração da parte do sujeito passivo tributário, ante a constatação de que sua escrituração fiscal encontra-se eivada de erros os mais diversos, tais como: utilização indevida de benefício fiscal; erro na determinação da base de cálculo do imposto; falta de retenção do ICMS na condição de contribuinte substituto, nas saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular e falta de estorno de crédito apropriado em valor superior ao permitido.

No mais, registra que os tributos lançados de ofício, tanto para doutrina como para a jurisprudência, o entendimento é no sentido de que a contagem do prazo decadencial, submete-se aos ditames do inciso I, do artigo 173, do Código Tributário Nacional, ou seja, ela inicia a contagem no primeiro dia do exercício seguinte, no caso sob análise, 01/01/2016, em relação às operações efetuadas pelo contribuinte no exercício de 2010.

Cita e transcreve a jurisprudência, neste sentido, no âmbito do judiciário.

Sobre as infrações 03 e 04, observa que o autuado, em sua peça impugnatória, reconhece integralmente esta infração e informa ter requerido parcelamento administrativo.

Conclui reafirmando a manutenção integral do presente PAF.

Constam às fls. 114 a 121, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento, com benefício de lei, das parcelas reconhecidas.

VOTO

O auto de infração contempla quatro infrações, sendo que o sujeito passivo em sua peça defensória, reconheceu integralmente o lançamento dos débitos das infrações 03 e 04, referentes à aplicação de multas pelo descumprimento de obrigação acessória, nos valores de R\$17.617,00 e R\$1.359,93, respectivamente, inclusive já efetuou o pagamento de tais importâncias, conforme comprovam os documentos às fls.114 a 121. Itens subsistentes ante o reconhecimento do autuado.

No caso das infrações 01 e 02, referentes a falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis e apropriação indevida de crédito fiscal relativo a aquisições mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o autuado reconheceu os débitos nos valores de R\$7.828,87 e R\$171,79, correspondentes aos exercícios de 2011, respectivamente, e também comprovou o recolhimento consoante atesta o extrato do SIDAT às fls.114 a 121.

No tocante ao débito das infrações 01 e 02, inerente ao exercício de 2010, o patrono do autuado não discordou dos valores apurados no levantamento fiscal. No entanto, arguiu como preliminar de mérito, que as importâncias nos valores de R\$9.285,82 e R\$21.191,13, relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2010 a 31/12/2010 já foram alcançados pelos efeitos da decadência prevista no artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Em relação a alegação acima de decadência do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de 01/01/2010 a 31/12/2010, não cabe acolhimento, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca dos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de

anticipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com a lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o consequente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-A, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Portanto, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN.

Assim, a legislação acima comentada, estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, no caso em lide, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, a contagem do prazo se iniciou em 01/01/2011, e o fisco teria até o dia 31/12/2015 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 01/12/2015 não se configurou a decadência.

Pelo acima alinhado, mantendo integralmente os débitos lançados nas infrações 01 e 02, por não restar decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir tais créditos, os quais não houve impugnação quanto aos números apurados.

Diante do exposto, voto PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298958.0068/15-3**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.477,41**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” e VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$18.976,93**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo regulamentar e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05. Devendo ser homologado os valores recolhidos conforme documentos às fls. 652 a 656.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR