

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0001/15-2
RECORRENTE - MRC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0063-03/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/04/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0044-11/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração não elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** UTILIZAÇÃO A MAIOR DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO CRÉDITO FISCAL SERVIÇO DE TRANSPORTE. Comprovadas nos autos as irregularidades imputadas. Infrações subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR INFORMADO NA DMA E O RECOLHIDO. **b)** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Autuado não traz ao processo qualquer prova capaz de elidir as infrações que lhe foram imputadas. Infrações caracterizadas. Afastada preliminar de nulidade arguida. Não acolhida decadência suscitada. Indeferido pedido de redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso Voluntário contra Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$157.243,20, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

INFRAÇÃO 01 – 07.15.05. multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, nos meses de abril a setembro de 2010 e outubro a dezembro de 2011, no valor de R\$153.073,67;

INFRAÇÃO 02 - 01.02.74. utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no mês de janeiro de 2010, no valor de R\$1.213,31, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - 03.01.04. efetuou o recolhimento a menos do ICMS em razão de divergência entre o valor recolhido e o informado em documentos e livros fiscais e em declarações econômico-fiscais ou arquivos eletrônicos em maio de 2010, no valor de R\$2.434,85, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 04 - 03.02.02. efetuou o recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no mês de março de 2010, no valor de R\$489,96, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 05 - 01.02.30. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de abril e maio de 2011, no valor de R\$31,41, acrescido de multa de 60%.

Após instrução processual, a qual se deu mediante manifestação do contribuinte e informação fiscal do autuante, a 3ª JF entendeu pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário consubstanciado na apuração de cinco infrações descritas e relatadas na inicial, que serão objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Inicialmente, rejeito a nulidade arguida pelo autuado, que alega ausência de requisitos formais para lavratura do auto de infração contrariando os termos do art. 39 do RPAF/99, em razão de não ter especificado quais dispositivos fundamentam a exigência fiscal, assim como, quais foram infringidos pelo Impugnante, havendo apenas a menção aos artigos do RICMS/97.

Verifico que o próprio sujeito passivo ataca as acusações com precisão, restando claro que compreendeu totalmente a acusação que lhe foi imputada, apresentando argumentos contrários ao procedimento do fisco que foram rebatidos pela autuante na informação fiscal, inexistindo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

De igual modo, não acolho a arguição de nulidade sob a alegação de que o auto de infração traz apenas referência genérica aos artigos 116, 124, 314 e 319 do RICMS/97, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos”, mas deixando de especificá-los, o que impossibilitaria ao autuado elaborar a sua defesa.

Analizando esta argumentação, considero que a exigência fiscal constante do presente lançamento está fundamentada em expressa disposição legal e nos livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio autuado, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS/97, bem como na lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica, da verdade material e da proporcionalidade.

Constato que o Autuante faz o enquadramento citando de forma precisa o fundamento legal, com a inclusão de todos os incisos e parágrafos relativos aos artigos citado. Tal ocorrência não apresenta cerceamento ao direito de defesa do autuado, pois o art. 19 do RPAF/99, não deixa margens a quaisquer dúvidas de interpretação, conforme transcrevo abaixo:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Vejo que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas ao Autuado; descreve devidamente as infrações nos campos próprios e identifica o infrator, assim como, apresenta os percentuais da multa aplicada. Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos II e IV, “a” e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares arguidas, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

Nas razões de defesa, o autuado afirmou que não foi observado o inciso VII do art. 39 do RPAF/99, porquanto entende que inexistia qualquer informação acerca das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida.

Não acolho esta alegação uma vez que no Demonstrativo do Débito fls. 04 e 05 constam os valores sujeitos a redução sendo que os percentuais estão previstos no art. 45 da Lei nº 7.014/97.

O defendente arguiu decadência com relação aos fatos geradores ocorridos entre 30.04.2010 e 30.09.2010 que entende se encontrariam extintos, porquanto decorrido o prazo decadencial para que fosse efetuado o lançamento.

Sobre a arguição de decadência, a autuante na informação fiscal, rebateu o argumento defensivo citando o art. 107-A do COTEB, em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, que determinava o início da contagem do prazo decadencial, a partir do primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores.

Com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, o art. 107-A do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce entendimento tanto da PGE/PROFIS, como deste CONSEF, da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente - por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental - a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJs Nº 0031-11/15 e 0050-12/15.

Considerando que a presente exigência tributária decorre de levantamento fiscal, vem prevalecendo entendimento neste CONSEF que deve ser aplicado a norma exposta no art. 173, inciso I do CTN.

Observe que o retro citado dispositivo do CTN, prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o artigo 173, I, do CTN, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2010, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2011 com termo final em 31/12/2015.

Vejo que o auto de infração foi lavrado dia 31/03/2015, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, portanto, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

O defendente solicitou a realização de diligência fiscal, todavia não vislumbro razão para o atendimento desse pleito, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma com fulcro no art.147, II, "a", do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência fiscal.

No mérito, a infração 01 refere-se a multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente.

Nas razões defensivas, o autuado limita-se a arguir a inconstitucionalidade da lei e a confiscatoriedade da multa aplicada.

Observo que a antecipação parcial do ICMS está prevista no art. 12-A da lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

"Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição."

Quanto à multa aplicada o inciso II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96, estabelece:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Da simples leitura dos dispositivos legais acima transcritos, comprova-se que, ao contrário do alegado pela defesa, o lançamento fiscal se realizou em absoluta consonância com a Lei. Nesta infração, conforme demonstrativo fls.55/64 que se encontra devidamente assinado pelo autuado, não foi cobrado o imposto, mas sim a multa, devido a falta de recolhimento tempestivo nos termos preconizados pela legislação aplicável acima reproduzido, portanto é subsistente a infração 01.

As demais infrações se referem à utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial, cópia do livro RAICMS fls. 65/71, da DMA fls.72/93 e demonstrativo do conta corrente fl. 95 (infração 02); recolhimento a menos do ICMS em razão de divergência entre o valor recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, demonstrativo das notas fiscais de saídas fls. 96/97 (infração 03); recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, demonstrativo fls.109/110 (infração 04); utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, demonstrativo fls.114/117(infração 05).

Em sua impugnação, o autuado não rebate objetivamente qualquer das infrações retro citadas, deixando de trazer ao processo provas capazes de elidir as irregularidades apuradas, limitando-se a argüir a nulidade do lançamento fiscal e que as infrações 02 e 05 estariam fulminadas pela decadência. Reiterou ainda, que as multas aplicadas a cada infração seriam desproporcionais e confiscatórias.

Observo que a infração 02, refere-se a utilização do crédito fiscal a maior, pois lançou no livro RAICMS, na coluna "Outros Créditos", ICMS em valor superior àquele efetivamente recolhido a título de antecipação parcial, paga em janeiro/2010, conforme demonstrativo, cópia da DMA e extrato de recolhimento fls. 91, 92 e 139 do PAF, infringindo o disposto nos art. 93 inciso I-A e 101, § 4º do RICMS/BA.

Quanto à infração 05, vejo que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a serviço de transporte de mercadorias não tributadas, conforme demonstrativo, cópia das notas fiscais e dos conhecimentos de transportes respectivos, bem como, do livro Registro de Entradas, anexos fls. 114 a 134 do processo, onde se pode constatar que a aquisição realizada pelo sujeito passivo trata-se de material para uso e consumo do estabelecimento.

O defendente não traz qualquer elemento com o condão de descaracterizar a acusação fiscal.

Considerando a não apresentação pelo autuado, de documentos ou demonstrativos aptos a elidir a acusação fiscal, ou modificar o teor da autuação, concluo que as infrações restaram devidamente caracterizadas.

Não acolho o pedido de redução ou cancelamento das multas, sob o argumento de que seriam inconstitucionais. Registro que as multas não são ilegais. Ao contrário, encontram-se tipificadas no art. 42 da Lei 7.014/96, nos incisos e alíneas especificados.

Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Quanto ao pedido, de que sejam as futuras intimações realizadas, exclusivamente, em nome do procurador: Wilson Dos Santos Filho, OAB/MG 81.511, com endereço profissional na Avenida do Contorno, nº. 7.069, Salas 901/902, Santo Antônio, Belo Horizonte/MG, não há óbice com relação a este pleito, podendo a Secretaria deste CONSEF atender ao requerido.

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

Inconformada, a recorrente interpôs Recurso Voluntário contra a Decisão exarada, repetindo os mesmos fundamentos apresentados na defesa inicial, atendo-se tão somente a questões genéricas, sem adentrar ao mérito das infrações.

Alega a nulidade do Auto de Infração considerando ausentes os requisitos formais nos termos do art. 39 do Decreto nº 7629/99 (RPAF), o qual cita. Aduz que a nulidade do Auto de Infração decorre da inobservância dos requisitos indicados nos incisos V, “a” e “b”, e VII do citado dispositivo legal.

Aduz ainda que inexistente qualquer informação acerca das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida, constando no AI apenas a seguinte expressão acerca desse dispositivo: “Fica o autuado intimado a recolher o débito reclamado ou apresentar defesa na Repartição Fazendária da sua circunscrição, sob pena de revelia”.

Deste modo, acredita que estas considerações, demonstram a ausência dos requisitos necessários à validade do Auto de Infração, motivo pelo qual se impõe o acolhimento da presente preliminar para declarar a nulidade da autuação em análise.

Aponta decadência do crédito tributário nos termos do art. 173 do CTN, já que os fatos geradores são compreendidos entre 31/03/2010 e 30/09/2010, tendo tomado ciência o contribuinte em 31/03/2015. Assim, pugna pelo reconhecimento da decadência do direito do Fisco exigir o crédito.

Ademais, discorre sobre a não cumulatividade do imposto, entendendo não terem sido suficientemente demonstradas as supostas irregularidades apontadas pela Autoridade Fiscal, afirmando ser o crédito aproveitado legítimo e legal. Cita o art. 155, §2º, I da CRFB, como também transcreve lições do professor Roque Antonio Carraza sobre o tema.

Defende que a irregularidade na emissão de documento fiscal deve ensejar ao seu emitente multa formal, não sendo plausível a proibição de crédito para o seu destinatário. Assim, afirma que à mingua de elementos capazes de demonstrar a ocorrência das irregularidades imputadas à recorrente, pugna pelo provimento do Recurso Voluntário.

Afirma que segundo a autoridade fiscal a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96 se deu em razão do descumprimento dos artigos 61, IX, 93 I-A, 101, § 4º e 125, II, § 7º e 8º do RICMS/97 e que os motivos expostos pela autoridade fiscal revelam a fragilidade dos elementos que consubstanciaram a autuação, pois o valor total correspondente à multa apurada excede em muito o percentual de 100% sobre o valor do tributo em questão, demonstrando nitidamente o caráter confiscatório da multa aplicada no caso em análise.

Assim, passa a discorrer sobre a multa fiscal e os princípios norteadores do direito tributário: a capacidade contributiva, a razoabilidade e proporcionalidade.

Afirma que é princípio do direito que a multa é uma imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de penalidade decorrente da infração, mas que não pode exceder os justos limites, pois, deve ser graduada em função da gravidade da infração, do dolo na compensação do fato delituoso, dentre outras razões.

Acrescenta que a penalidade, ainda que prevista em lei, deve estar em perfeita sintonia com os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Aduz que a aplicação da multa no importe de R\$153.073,67 é ilegítima e inválida, não produzindo seus regulares efeitos, pelo que deve ser anulada face às violações aos precitados princípios, incluindo também o princípio do não confisco.

Assevera que a aplicação da infração 1 resulta em lesão dos princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, ferindo o princípio do não confisco por não impor a aplicação de multa de 60% sobre a parcela do imposto. Cita o art. 150, IV da CF/88, bem como entendimento exarado por Sampaio Doria e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Entende que apenas R\$4.169,53 é o valor autuado pela utilização indevida de crédito fiscal e recolhimento a menor de ICMS. No entanto, desse valor, resultante das infrações 02 a 05, também se percebe a aplicação da multa confiscatória no importe de 60%, nos termos da Lei nº 7.014/96.

Assim, colaciona entendimento do STF que vem defendendo que a multa fiscal não pode ser superior a 100% do valor do tributo, considerando indevidas as multas aplicadas nas infrações deste PAF.

Deste modo, defende a nulidade de todas as multas aplicadas no caso em análise, com o devido cancelamento da multa no importe de 60% sobre todas as parcelas do ICMS, já que resulta em valor superior a 100% do tributo devido.

Subsidiariamente, suscita o princípio da eventualidade para que, caso assim não entenda esse Egrégio Conselho, haja a redução do percentual da multa aplicada no caso em tela, conforme entendimento do STF transcrito.

Requer sejam acolhidas: 1) as preliminares de nulidade do Auto de Infração, face à ausência dos requisitos legais impostos pelo art. 39 do RPAF/99; 2) a preliminar de decadência parcial referente à infração 1 e integral referente às infrações 02 a 04, todas nos termos do art. 173, I do CTN; 3) caso sejam superadas as preliminares retro arguidas, no mérito, requer seja o Auto de Infração julgado insubsistente e cancelado o débito fiscal; 4) seja declarada a nulidade das penalidades aplicadas e subsidiariamente, em atenção ao princípio da eventualidade, não sendo este o entendimento deste Conselho, roga pela diminuição da multa aplicada; 5) sendo julgado parcialmente procedente a impugnação, seja reaberto o prazo para pagamento reduzido das exigências fiscais remanescentes; 6) provar o alegado por todos os meios admitidos em direito.

Por fim, requer sejam as futuras intimações realizadas, exclusivamente, em nome do seguinte procurador: Wilson dos Santos Filho, OAB/MG 81.511, com endereço profissional na Avenida do Contorno, nº. 7.069, Salas 901/902, Santo Antônio, Belo Horizonte/MG.

A PGE/PROFIS se manifestou sobre o processo entendendo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pelos mesmos fundamentos apresentados no voto de primeira instância, ressaltando que *o recorrente não cuidou de colacionar aos autos provas materiais capazes de demonstrar a legitimidade do crédito fiscal bem como o contribuinte não enfrentou o mérito das infrações fiscais descritas no presente lançamento de ofício, cuidando tão somente de aspectos constitucionais, cuja apreciação é vedada ao Egrégio CONSEF. Em que pese o recorrente invoque o princípio da não-cumulatividade do ICMS, não logra colacionar aos autos documentos ou demonstrativos aptos a elidir ou mesmo descaracterizar parcialmente as exigências fiscais.*

VOTO VENCIDO

Visa o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração.

Inicialmente, quanto a nulidade suscitada, esta não deve prosperar, vez que o referido PAF cumpriu todos os requisitos do art. 39 do RPAF para sua validade. As infrações estão devidamente tipificadas e enquadradas, não incorrendo o autuante em nenhuma das hipóteses do art. 18 do mesmo Regimento.

Quanto a prejudicial de mérito da decadência, insta esclarecer que a recorrente faz jus parcialmente ao pleito formulado, porém com algumas ressalvas.

Informou a recorrente que, com base no art. 173, I do CTN, os fatos geradores compreendidos entre 31/03/2010 e 30/09/2010 estariam abarcados pela decadência, já que a ciência do contribuinte somente se deu em 31/03/2015 (mesma data da lavratura do Auto de Infração).

Ocorre que tal dispositivo defende que o direito de cobrança do Fisco extingue-se e 05 anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, nenhum dos períodos suscitados estariam decaídos.

Este foi o entendimento adotado pela Junta de Julgamento Fiscal. Todavia, divirjo da aplicação do art. 173, I do CTN, sendo considerada a contagem do início do prazo em 01/01/2011, com termo final em 31/12/2015.

Por se tratar o ICMS de um imposto por homologação, a aplicação adequada para o caso em comento seria do art. 150, §4º do CTN, o qual entende como início do prazo da decadência a data da ocorrência do fato gerador. Vejamos dispositivo abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar 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.

[...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.

Assim, considerando o fato gerador o termo inicial da contagem do prazo decadencial de exigência fiscal por parte do Fisco, os períodos anteriores a 03/2010, quais sejam 02/2010 e 01/2010, não devem ser exigidos pela Autoridade Fiscalizadora. Deste modo, a infração 02 encontra-se decaída por ser a data da sua ocorrência 31/01/2010, subsistindo as demais infrações.

Insta informar que a PGE, em incidente de uniformização nº PGE 2016.194710-0, reconhece a aplicação do art. 150, §4º do CTN para a contagem do prazo decadencial. Vejamos abaixo o entendimento firmando:

6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Como a infração 2 trata de utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, entendo pela decadência do período autuado pelos fundamentos acima expostos.

Quanto à infração 4, com data de ocorrência em 31/03/2010 encontra-se dentro do período decadencial, já que as notas foram emitidas em 01/03/2010 (fl. 109), sendo este o seu fato gerador. Assim, sendo, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS, inconteste a não exigibilidade deste período pelo Fisco baiano, conforme Incidente de Uniformização acima colacionado.

Ademais, das razões recursais, o recorrente limita-se tão somente a arguir a inconstitucionalidade da lei, bem como a confiscatoriedade da multa, não adentrando no mérito das infrações.

Em relação à infração 01, em observação ao trabalho realizado pela autuante, vê-se que o imposto não foi cobrado, mas sim a multa pela intempestividade do recolhimento, atitude penalizada pelo legislador estadual, conforme art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

As infrações não foram confrontadas pela recorrente, que fundamentou sua linha de defesa somente em questões constitucionais, como bem pontuou o Parecer exarado pela Procuradoria Estadual. Deste modo, conforme entendimento do art. 143 do RPAF, a mera negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em contrapartida, o trabalho realizado pelo autuante foi calcado em demonstrativos elucidativos que comprovam as alegações efetuadas. Assim, colaciono parte do voto de primeiro grau, o qual correlaciona às infrações e suas devidas provas. Vejamos:

As demais infrações se referem à utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial, cópia do livro RAICMS fls. 65/71, da DMA fls.72/93 e demonstrativo do conta corrente fl. 95 (infração 02); recolhimento a menos do ICMS em razão de divergência entre o valor recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, demonstrativo das notas fiscais de saídas fls. 96/97 (infração 03); recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, demonstrativo fls.109/110 (infração 04); utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas, demonstrativo fls.114/117(infração 05).

Ressalte-se que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhado das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Porém, se assim não proceder o sujeito passivo, limitando-se tão somente a tecer alegações genéricas e sem provar suas alegações, de forma a cumprir sua incumbência de elidir a acusação fiscal, seu direito de fazer em outro momento processual torna-se precluso, conforme previsto no art. 123, §5º, do RPAF, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Logo, não cabe ao ente tributante produzir provas pelo autuado.

Deste modo, devem subsistir as infrações que lhe foram imputadas, exceto a infração 02 por restar decaída, conforme art. 150,§4º do CTN.

Em relação ao caráter abusivo da multa, com efeito confiscatório, este colegiado não tem competência para examinar a inconstitucionalidade da legislação utilizada, restando prejudicado o pedido de afastamento de sua aplicação, bem como o de sua redução, conforme dispõe o art. 159 do RPAF.

Assim sendo, Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando a decadência da infração 2 e da infração 4, mantendo as infrações 1, 3 e 5.

VOTO VENCEDOR

Quero pedir vênia à nobre relatora para divergir do entendimento consagrado em seu voto, especificamente naquilo que se refere ao reconhecimento da decadência para as Infrações 2 e 4, conforme fundamentos que passo a expor.

Quanto à Infração 2, não vejo como se aplicar o disposto no art. 150, § 4º do CTN na medida em que não houve pagamento, conforme se depreende da leitura da descrição da infração, abaixo reproduzida.

“Infração 02: 01.02.74 - utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no mês de janeiro de 2010, no valor de R\$1.213,31, acrescido da multa de 60%;”

Ora, a descrição dos fatos não dá margem a dúvidas, pois o fato ensejador do lançamento foi o “creditamento a maior”, e não o “pagamento a menos”. Não tendo havido pagamento, não há o que homologar como tem decidido o STJ em sua jurisprudência recente, conforme se pode depreender da leitura de trecho de decisão proferida em Agravo regimental, no REsp 1448906 / MG, abaixo reproduzida.

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP PARADIGMA 973.733/SC. SÚMULA 83/STJ.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, para a fixação do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, considera-se apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado (grifo acrescido), pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150, e parágrafos, do CTN. Súmula 83/STJ.

... (AgRg no REsp 1448906 / MG. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2014/0086079-7. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). SEGUNDA TURMA, 17/12/15)."

Assim, considerando que não houve o pagamento, é de se aplicar o art. 173, inciso I do CTN, o qual projeta o termo *ad quem* da contagem do prazo decadencial para o mês de janeiro de 2016, muito depois da data da lavratura no presente AI (em 31/03/15). Assim, entendo que não decaiu o direito de o Fisco lançar o mês de janeiro de 2010.

Quanto à Infração 4, mesmo considerando que houve pagamento no período, é importante destacar que os fatos descritos ocorreram ao longo do mês de março, aspecto que protraí para o último dia do mês a data de ocorrência do lançamento, já que, somente a partir desse dia, permite-se ao Fisco lançar.

De fato, nada justifica a abertura da contagem de um prazo, antes mesmo do momento inicial a partir do qual o Estado poderia exercer o seu direito legal. É, pois, uma interpretação antijurídica, que subtrai aos entes estatais uma parte do prazo legalmente concedido de cinco anos.

Assim, embora os documentos fiscais tenham sido emitidos no dia 01/03 (fl. 109), não havia, ainda, sido deflagrada a contagem do prazo decadencial pelo simples fato de que a autoridade estatal não podia, ainda, fazer uso de sua prerrogativa, o que somente acontece com o findar do mês.

Assim, entendo que não ocorreu a decadência dos fatos ocorridos ao longo do mês de março/10, na Infração 4.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0001/15-2**, lavrado contra **MRC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.169,53**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "b" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$153.073,67**, prevista no inciso II, "d", do citado diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Laís de Carvalho Silva, Rodrigo Lauande Pimentel e Valnei Sousa Freire.

Sala das sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS