

PROCESSO - A. I. N° 196900.0003/15-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - A.L.C.N. COMERCIAL DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0086-04/17
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0320-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NOVO JULGAMENTO. Em respeito à apuração da verdade material e ao princípio da ampla defesa que regem o processo administrativo fiscal, entendo que a ausência da manifestação do autuado à época do julgamento de piso, impossibilitou ao Relator e aos demais julgadores que apreciassem as razões de defesa, peça fundamental para o julgamento, havendo clara ofensa do art. 149-A do RPAF/BA, e assim, decido pela devolução dos autos à primeira instância, para novo julgamento, para que sejam apreciadas as razões do contribuinte e as provas anexadas no CD às fls. 259/60. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em que a 4ª JJF, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado inicialmente com o valor de R\$256.125,23, decorrente do recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, e após o julgamento de Primeira Instância, o valor lançado foi reduzido para R\$82.378,59.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento às fls. 31 a 37, e a Informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 72 a 88. A seguir o auto foi instruído e pautado para julgamento, e a Junta decidiu pela Procedência Parcial, conforme voto abaixo.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada. O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, existem algumas preliminares a serem analisadas, embora anotadas apenas de forma indireta e incidental, sem que de forma explícita o sujeito passivo as aventasse.

A primeira delas é a existência de cerceamento de defesa. A alegação defensiva é a de que teria ocorrido o mesmo, diante da forma pela qual foi apresentada a planilha de cálculo do débito apurado e lançado e pela não demonstração dos cálculos utilizados pelo autuante.

O exercício da defesa plena e absoluta se constitui em instrumento constitucional de defesa dos interesses das partes envolvidas em qualquer tipo de litígio ou conflito, como o agora analisado, e deve ser exercitado de forma total. Entretanto, não vislumbro tal ocorrência, tal como alegado na defesa, seja por que o autuante quando do encerramento da ação fiscal e lavratura do Auto de Infração não somente elaborou as planilhas entendidas como necessárias, como de igual modo, as entregou em meio magnético, inclusive, ao autuado, e isso não se contesta.

Quanto aos elementos das planilhas, os mesmos são autoexplicativos. Ainda assim, em sede de informação fiscal, o autuante explicitou o conteúdo das mesmas de forma clara, dissipando qualquer dúvida eventualmente existente, apresentando, inclusive, exemplo com documento fiscal inserido no lançamento, o que espancou qualquer dúvida até então possível de existir por parte do contribuinte, motivo pelo qual não se pode aventure a possibilidade de cerceamento de defesa, tal como ventilado na peça defensiva.

Por outro lado, todos os princípios do processo administrativo fiscal, especialmente o da ampla defesa, do contencioso, da legalidade, foram devidamente cumpridos, inclusive, por ocasião da informação fiscal, com a elaboração de novos demonstrativos e alteração nas parcelas constantes da autuação, não foi dado o devido conhecimento à empresa autuada do seu teor, o que motivou, inclusive, determinado por este Relator, a realização de diligência neste sentido, justamente para se observar tais princípios, muito embora, desta feita, tenha o contribuinte se mantido silente, mas isso é um direito seu, e como tal, não pode ser comentado. Logo, rejeito tal argumento.

Outra questão que entendo relevante, embora não aventada pela defesa apresentada, diz respeito a existência de decadência. A infração apontada no lançamento, fala em “recolhimento a menor” de imposto, ao passo que os recolhimentos apontados, verificados em janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2010, seja entre a ocorrência do fato gerador e a ação fiscal, extrapolaram o prazo decadencial de cinco anos.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “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, e 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”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o pensamento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “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 corresponde às operações declaradas”. (grifei)

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado, ainda que em parte, o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Dante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, o recolhimento a menor do imposto que deveria ser recolhido, diante do longo lapso temporal em que se manteve inerte, deixando ocorrer a decadência ora aventada.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, de ofício, ainda que não provocado, entendo presente a hipótese de decadência, vez que o valor do

imposto foi devidamente lançado e escriturado, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse.

Desta forma, antes de qualquer outra apreciação, as ocorrências dos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2010, no total de R\$41.031,37 devem ser excluídas do lançamento, por ocorrência do instituto da decadência, e os valores pertinentes a tais meses não pode ser considerado.

Passo, pois, à análise do mérito do lançamento. A acusação é o fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, ocorrência constatada nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

A antecipação ou substituição tributária é o instituto pelo qual, como se deduz, há o recolhimento antecipado de imposto que seria devido em operação posterior, sendo a possibilidade de sua adoção prevista na própria Constituição Federal em seu artigo 150, parágrafo 7º, o qual especifica a figura da substituição tributária em nosso ordenamento jurídico, ao determinar que “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, e não acarreta apenas a atribuição de responsabilidade a terceiro. Ela também obriga o recolhimento do tributo anteriormente à ocorrência do respectivo fato gerador, como visto. Em outras palavras, há para o substituto a obrigação originária de recolher antecipadamente o tributo incidente nas “operações subsequentes”.

Diversos Estados passaram a adotar tal instrumento para vários produtos, incluindo autopeças, ramo de atividade que a própria empresa autuada afirma exercer. Por ela, se encerra a fase de tributação dos produtos abarcados, não sendo mais possível qualquer cobrança, tantas sejam as operações posteriores.

Por outro lado, quando provocado, o Poder Judiciário, pela sua mais alta Corte, qual seja o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser a substituição tributária constitucional.

O fato de a empresa autuada ser optante do denominado Simples Nacional, não a exime de tal recolhimento, diante da redação do artigo 13 da Lei Complementar 123 assim determinar, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 147 de 2014):

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º. O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciante de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação;

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente"; (grifos do Relator)

Esclareço que a redação do inciso XIII do artigo 13 da mencionada Lei Complementar 123, à época dos fatos geradores (2010 a 2012), determinava ser devido o recolhimento do ICMS devido: a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

De tal intelecção se percebe a possibilidade da cobrança ora efetivada via lançamento de ofício, contra o sujeito passivo.

Ainda que reconheça que tal dispositivo tem suscitado diversas dúvidas por parte dos empresários e contabilistas no que diz respeito à aplicação da substituição tributária e da retenção na fonte dos impostos e contribuições nos moldes do parágrafo primeiro, e que fogem à regra simplificadora contida no enunciado no caput do artigo 13 e seus incisos (que unifica o recolhimento dos tributos que menciona), esclareço que entre as operações específicas de tributos que não são recolhidos de forma unificada pelo Simples Nacional, inserem-se o ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Nos termos da lei em questão, tal tributo deve ser, pois, recolhido à parte do Simples Nacional, de acordo com a legislação comum aplicável às demais empresas e na forma de orientações da Receita Federal, não se aplicam as alíquotas constantes nos Anexos I a V da Lei Complementar 123, mas as alíquotas previstas em suas normas de regência.

Elá se constitui em mecanismo de recolhimento de tributos que evita a sonegação e reduz o custo da fiscalização, se tratando, portanto, trata-se de sistema de arrecadação que busca eficiência para o ente tributante, visando com que o montante do recolhimento dos tributos deva se manter inalterável, seja o ato praticado diretamente pelo contribuinte, seja por um terceiro chamado à responsabilidade tributária.

Em relação ao argumento defensivo de que não poderia ser responsabilizado pelo não recolhimento do imposto a título de antecipação ou substituição tributária, o mesmo não pode prosperar, à vista do artigo 6º da Lei 7.014/96, a qual prevê:

"Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário".

Logo, na hipótese do remetente de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária que não tenha inscrição estadual neste Estado na condição de substituto tributário, pode ser exigida do adquirente aqui inscrito, o recolhimento de tal parcela. Da mesma forma, estando a mercadoria sujeita a retenção da parcela devida a título de antecipação tributária e esta não for feita, da mesma forma, cabe ao destinatário da mercadoria realizar tal recolhimento, quando da entrada da mesma no território do estado ou no ingresso em seu estabelecimento, conforme seja o caso.

Em sede defensiva, o sujeito passivo aponta equívocos materiais que entende foram cometidos pelo aujuante, quando do lançamento, inclusive elaborando tabelas, o que motivou, quando da informação fiscal, o refazimento das planilhas, diante de tais observações feitas, com redução substancial do montante devido, a qual, entretanto, traz em seu bojo infração ocorrida em agosto de 2012, a qual não constava originalmente no lançamento, e sobre a mesma entendo não pode nem deva ser acolhida, tendo em vista o princípio do reformatio in pejus o qual não permite a reforma para agravar a situação do contribuinte, motivo pelo qual não deve a mesma ser considerada neste lançamento, o que, todavia, não desonera o Fisco de, em lançamento apartado, efetivar tal cobrança, observado o prazo decadencial.

O fato de, embora cientificado através de diligência saneadora específica para tal, do resultado da informação fiscal, não tenha motivado a empresa auuada a qualquer manifestação, muito embora o valor retificado pelo aujuante divergisse em muito daquele apontado por ela como devido, depõe contra a sua alegação, pelo fato de, ao não contestar ou enfrentar os valores, se quedando inerte frente a tais valores anotados, ficar subentendido concordar com a apuração anotada na informação fiscal.

Quanto a descrita situação de descredenciado, por parte do sujeito passivo, consoante alegação defensiva, cabe a este, diligenciar junto ao órgão fazendário de sua circunscrição, a fim de sanar eventual pendência existente, e solicitar o devido credenciamento, não cabendo a este Órgão, por falta de competência legal, apreciar tal questão, sequer adotar qualquer providência.

No tocante a eventual recolhimento de parcela reconhecida como devida e não lançada no Auto de Infração em comento, nada obsta que o sujeito passivo assim o faça, desde que não esteja sob ação fiscal, relativo ao período onde o valor seria devido.

Por estes motivos, julgo o feito procedente em parte, na forma da planilha abaixo, acolhendo os dados apresentados para o lançamento pelo autuante, em sede de informação fiscal, exceto para o mês de agosto de 2012, onde inexistia débito no lançamento original, conforme já observado linhas acima, os quais dados a conhecimento do contribuinte não sofreram qualquer objeção ou contestação por sua parte:

ANO 2010	ICMS DEVIDO
JUNHO	R\$ 1.437,56
JULHO	R\$ 3.536,54
AGOSTO	R\$ 1.999,41
SETEMBRO	R\$ 3.832,00
OUTUBRO	R\$ 0,00
NOVEMBRO	R\$ 9.437,79
DEZEMBRO	R\$ 4.339,09
ANO 2011	
JANEIRO	R\$ 905,23
FEVEREIRO	R\$ 751,64
MARÇO	R\$ 13.088,31
ABRIL	R\$ 86,37
MAIO	R\$ 266,59
JUNHO	R\$ 2.784,01
JULHO	R\$ 625,79
AGOSTO	R\$ 600,07
SETEMBRO	R\$ 339,49
OUTUBRO	R\$ 156,34
NOVEMBRO	R\$ 0,00
DEZEMBRO	R\$ 0,04
ANO 2012	
JANEIRO	R\$ 1.967,69
FEVEREIRO	R\$ 6.602,09
MARÇO	R\$ 0,00
ABRIL	R\$ 7.727,26
MAIO	R\$ 4.219,62
JUNHO	R\$ 450,86
JULHO	R\$ 1.621,88
AGOSTO	R\$ 0,00
SETEMBRO	R\$ 353,35
OUTUBRO	R\$ 11.484,09
NOVEMBRO	R\$ 3.765,48
DEZEMBRO	R\$ 0,00
TOTAL	R\$ 82.378,59

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em que a 4ª JJF, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado inicialmente com o valor de R\$256.125,23, decorrente do recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL.

Após a defesa, o autuante prestou informação fiscal e reduziu o lançamento, conforme fl. 87, para R\$82.378,59. Como o contribuinte não tomou ciência da alteração feita pelo autuante, a 4ª JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem para tomada de providências, de forma a intimar o contribuinte a se manifestar sobre a informação fiscal.

A Inspetoria devolveu o processo ao CONSEF, sem anexar qualquer manifestação do contribuinte, e a seguir, o auto foi julgado Parcialmente Procedente às fls. 234/49 e encaminhado para ciência do resultado do julgamento ao contribuinte em 30.06.2017. Contudo, ao ser notificado do julgamento, o contribuinte juntou às fls. 259/60 uma manifestação protocolada em 03.05.2017, conforme documento acostado à fl. 259, antes mesmo do termo de instrução para julgamento em primeira instância, que se deu em 11/05/2017.

Depreende-se na manifestação apresentada após o julgamento de piso, que o contribuinte quando foi intimado acerca das alterações produzidas na informação fiscal, ainda inconformado, questionou diversos elementos do processo, e afirma que o valor devido é de R\$37.202,25, anexando CD com demonstrativos e documentos relativos à infração em lide. A JJF não apreciou tais documentos, porque sequer constava no processo àquela época, embora o protocolo demonstre que foi em data anterior ao julgamento.

Assim, em respeito à apuração da verdade material e ao princípio da ampla defesa que regem o processo administrativo fiscal, entendo que a ausência da manifestação do autuado à época do julgamento de piso, impossibilitou ao Relator e aos demais julgadores que apreciassem as razões de defesa, peça fundamental para o julgamento, havendo clara ofensa do art. 149-A do RPAF/BA, e assim, decido pela devolução dos autos à Primeira Instância, para novo julgamento, para que sejam apreciadas as razões do contribuinte e as provas anexadas no CD às fls. 259/60.

Deste modo, a decisão proferida em primeira instância deve ser anulada, retornando o processo para novo julgamento, a fim de que sejam sanadas as falhas processuais apontadas, de forma que seja garantido o exercício da ampla defesa. Em sendo assim, julgo NULA a Decisão recorrida, com o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, restando PROVIDO o Recurso de Ofício, ficando *Prejudicada* a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso de Ofício apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº 196900.0003/15-8, lavrado contra A.L.C.N. COMERCIAL DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA. – EPP, devendo os autos retornar à Primeira Instância a fim de ser sanada as falhas processuais apontadas através de novo julgamento.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS