

PROCESSO - A. I. N° 018184.3042/16-0
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0176-03/17
ORIGEM - INFAS ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/09/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0206-11/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Evidentemente, a própria descrição da infração “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial” se enquadra na orientação do incidente de uniformização da PGE, em que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 parágrafo 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. As ressalvas quanto aos fatos geradores anteriores a 2008 obviamente não se aplicam, nem tampouco as hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, I, do mesmo Código. Assim, como a jurisprudência deste Conselho tem se firmado, que para efeitos de contagem do prazo decadencial, o fator determinante é a data da ciência do lançamento e não a sua lavratura, resta evidente que todo o período foi fulminado pelo instituto da decadência. Negada a preliminar de Nulidade e Acatada a alegação de decadência. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente em razão de julgamento administrativo de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2016 para constituir crédito tributário, no valor histórico de R\$564.340,46 em decorrência do recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transscrito.

VOTO

Incialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante de cerceamento de seu direito de defesa, em face da falta clareza e precisão quanto aos fatos relatados em consonância com os demonstrativos e enquadramento legal. Ao compulsar os autos verifico que não há como prosperar a pretensão do Autuado, uma vez que os elementos que compõem o presente PAF, atendem integralmente à formalização preconizada pela legislação de regência, precípuamente ao RPAF-BA/99.

Constato que na acusação fiscal consiste no cometimento pelo autuado de uma única infração e afiguram-se, claramente explicitados, a identificação do sujeito passivo, a base de cálculo, o crédito fiscal exigido e as multas aplicadas, todos evidenciados de acordo com demonstrativo detalhado do débito, no qual consta o período da ocorrência dos fatos geradores, bem como a indicação clara dos dispositivos da legislação infringidos. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Ademais, o Autuado não apontou, de forma objetiva, qualquer óbice para o entendimento da acusação fiscal.

Fica também patente nos autos que, apesar do Impugnante alegar ter apensados aos autos documentação para lastrear seus argumentos, não condiz com a realidade dos fatos, eis que, nada acostou alem da peça defensiva, como se verifica às fls. 1859 a 1869. Não tem procedência também a alegação do Impugnante da exigência legal de que o Auto de Infração deve ser lavrado somente no estabelecimento do infrator. O §1º, do art. 39, do RPAF/BA/99, evidencia expressamente os locais em podem ser lavrado o Auto de Infração, in verbis: § 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Logo, como se depreende do dispositivo legal de regência, o estabelecimento do infrator não é o único local para se lavrar o Auto de Infração, podendo ser lavrado na Repartição Fiscal, ou mesmo no local onde se verificar ou apurar a infração. Assim, nos termos supra expendidos, restam superadas as questões atinentes às preliminares de nulidade suscitadas pelo defendant, com fundamento no §1º, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Ademais, também constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. No tocante a preliminar de mérito suscitada pelo Autuado, sob a alegação de que operara a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2011, nos termos do inciso V, do art. 156 c/c o §4º, do art. 150, do CTN. No caso em exame, em ação fiscal foi apurado ICMS devido, referente ao recolhimento a menos da antecipação parcial por meio de levantamento fiscal nas operações de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, ou seja, se apurou imposto que não foi declarado, nem tampouco pago pelo contribuinte, o que implica dizer que, em relação ao montante apurado em levantamento fiscal, não há pagamento a ser homologado.

Assim, por se tratar as diferenças apuradas de débito não declarado e não pago, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado. Tendo em vista que as ocorrências questionadas se consumaram no exercício de 2011 e a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do mês do exercício seguinte, ou seja, inicia-se em 01/01/2012, findando-se em 31/12/2016.

Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 30/12/2016, não há que se falar em decadência dos valores ora exigidos. Dessa forma, afasto a decadência suscitada. Por entender desnecessário para o deslinde da questão, ora em lide, denego o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos que já integram os autos são suficientes para a formação do juízo de valor pelos julgadores para o deslinde da questão, de acordo com o previsto, na alínea "a", do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

No mérito o Auto de Infração cuida da falta de recolhimento menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativo de apuração acostado às fls. 06 a 41, cujas cópias foram entregues ao Autuado, fl. 1853. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Em sede defesa o Autuado apenas negou o cometimento da irregularidade apurada, asseverando, tão-somente, que a fiscalização não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo em vista que não houve recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, conforme comprova a documentação constante do presente processo sem, no entanto, carrear aos autos qualquer comprovação inequívoca de sua alegação.

Verifico, ao compulsar os autos, que no demonstrativo elaborado pelo autuante "Antecipação Parcial", acostado às fls. 06 a 44, constam, de forma minudente, todos os elementos que originaram os valores apurados por cada nota fiscal de entrada e totalizados por período mensal de apuração. Neste caso, para elidir a acusação fiscal o defendant deveria, indicar objetivamente qual o recolhimento efetuado que não teria sido considerado no levantamento fiscal, o que não foi feito.

Logo, por se tratar de fato vinculado à escrituração e a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. Ademais, constam dos autos cópias dos DAEs e Relatório do Sistema INC da SEFAZ, do período fiscalizado identificando os recolhimentos efetivamente realizados pelo Autuado, fls. 1366 a 1849. Assim, resta patente nos autos a subsistência da autuação. Mantida a exigência fiscal.

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

O Recurso Voluntário foi apresentado às fls. 1921/26. Alega que a doura decisão referida deverá ser reformada pela Câmara de Julgamento Fiscal, naquilo que não beneficia a recorrente, haja vista que o órgão julgador de primeira instância não trouxe aos autos nada de novo no sentido de contrariar os fatos e fundamentos apresentados na impugnação. Simplesmente, relatou, de forma brilhante, fatos da autuação e transcreveu, sem imparcialidade, a informação fiscal apresentada pela autuante, sem, contudo, observar os fatos e fundamentos contidos na impugnação apresentada pela autuada, a que ora requer que esse doto Conselho de Fazenda faça constar como parte integrante deste recurso, a impugnação de fls. 1859 a 1866 apresentada no processo acima citado.

Aduz que a recorrente procedeu a todos os recolhimentos constantes da autuação, de acordo com as normas regulamentares. Não há que se falar em infração cometida pela autuada como querer crer a autuante e infelizmente, sem qualquer fundamentação, confirmada pela junta julgadora. A infração, relativa ao não cumprimento de obrigação principal não deve prosperar, porque embasada em fundamentos fáticos sem a devida comprovação legal e tomando por base os documentos, conforme consta da autuação e do voto do Senhor Relator, no acordão acima referido: "... notas fiscais por amostragem, através do sistema SIAF".

Que não houve falta de recolhimento de tributo como querer crer a autuante e induz o Relator, notadamente no que se refere ao ICMS antecipação parcial. Ora Nobres Julgadores, a doura decisão vem afirmar que a peça processual (Auto de Infração) está totalmente contrária à legislação conforme já demonstrado pela recorrente às fls. 1859 a 1866 (defesa fiscal), ou seja, não existem clareza e precisão com relação aos fatos e fundamentos ali expostos, ora explicados e informados pelo Acordão acima referido.

Assim, pois, requer, mais uma vez, a esse doto Conselho de Fazenda do Estado da Bahia que sempre lutou pela JUSTIÇA, que reforme a Decisão recorrida (ACÓRDÃO JJF N° 0176-03/17, da 3^a Junta de Julgamento Fiscal), não acate as alegações contidas na decisão ora recorrida, naquilo que não a beneficie, porque insubstancial.

O instituto da DECADÊNCIA deve ser aplicado ao caso in concreto. O § 4º do art. 150 do CTN é bem claro, objetivo e direto. A Fazenda Pública deixou de efetuar o lançamento tributário porque quis. Portanto, os períodos anteriores à 30/12/2011, foram alcançados pela inércia do sujeito ativo, completando, portanto, o prazo que retira o direito do ente tributante de efetuar o lançamento. Dessa forma, o período anterior a essa data, foi alcançado pela decadência que resulta na exclusão dos mesmos, o que deverá ser decretada a nulidade desses lançamentos.

Caso assim não entenda esse doto Conselho de Fazenda, que determine que a infração supostamente atribuída à recorrente, seja excluída da autuação para recolhimento espontâneo como determina a legislação pertinente, nos termos já descritos na impugnação.

Que a doura decisão vem afirmar que a peça processual (auto de infração) está totalmente contrária à legislação que regulamenta a matéria conforme já demonstrado pela impugnante às fls. 1859 a 1866 (impugnação fiscal), ou seja, não existem clareza e precisão com relação aos fatos e fundamentos ali expostos, ora explicados e informados pelo Acordão acima referido.

Assim, pois, requer, mais uma vez, a esse doto Conselho de Fazenda do Estado da Bahia que sempre lutou pela JUSTIÇA, que reforme a Decisão recorrida, não acate as alegações contidas naquilo que não a beneficie, porque insubstancial.

Por conseguinte, mantém, no seu todo, a sua impugnação apresentada, do presente processo, a qual requer, mais uma vez e desde já, que faça parte integrante do presente Recurso Voluntário, a fim de que o referido processo seja julgado totalmente IMPROCEDENTE, por ser de direito e da mais lídima e salutar.

VOTO

Trata-se de lançamento em única infração, no valor total de R\$564.340,46, acrescido de multa de

60%, pelo pagamento a menos de antecipação parcial no período de janeiro a dezembro de 2011. Nos demonstrativos às fls. 06/45 constam claramente os valores apurados a serem pagos por antecipação parcial e os valores efetivamente recolhidos, a exemplo do mês de dezembro de 2011, que foi encontrado o valor total de ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL de R\$61.578,25 e recolhida quantia de R\$28.279,43, sendo lançado o valor da diferença de R\$33.298,82.

Tanto na impugnação inicial como no Recurso Voluntário, o Recorrente pede pela NULIDADE, DECADÊNCIA, e por fim pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento.

O voto recorrido sustentou que não há de se falar em nulidade no processo, uma vez que não se comprovou quaisquer vícios formais ou materiais, nem cerceamento de defesa que justificassem a nulidade. Quanto a este aspecto, nada tenho a contradizer em relação ao entendimento do Relator *a quo*, visto que a descrição da infração é clara, uma vez que a legislação estadual exige a antecipação parcial pelas aquisições interestaduais, e embora tenha sido efetuado em parte o recolhimento, o demonstrativo mensal aponta diferenças claras nos valores e uma vez efetuada a defesa, não há qualquer argumento plausível que aponte nulidades. Assim, refuto a nulidade pretendida.

Com relação à alegação de decadência, constato que os fatos geradores se reportam ao período de janeiro a dezembro de 2011, e o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2016, e a ciência do autuado ocorreu em 05/01/2017, conforme consta à fl. 2 do Auto de Infração; portanto o primeiro fato gerador, de janeiro de 2011, ocorreu seis anos antes, e o último, dezembro de 2011, 5 anos e 5 dias depois do fato gerador. O Relator *a quo*, não acatou o pedido de decadência, com base nos seguintes argumentos:

Assim, por se tratar as diferenças apuradas de débito não declarado e não pago, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado. Tendo em vista que as ocorrências questionadas se consumaram no exercício de 2011 e a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do mês do exercício seguinte, ou seja, inicia-se em 01/01/2012, findando-se em 31/12/2016.

Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 30/12/2016, não há que se falar em decadência dos valores ora exigidos. Dessa forma, afasto a decadência suscitada. Por entender desnecessário para o deslinde da questão, ora em lide, denego o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos que já integram os autos são suficientes para a formação do juízo de valor pelos julgadores para o deslinde da questão, de acordo com o previsto, na alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

O julgamento acima ocorreu em 05 de setembro de 2017. No ano anterior, a PGE, no incidente de uniformização abaixo transcrito, traçou orientações no sentido de se aplicar a decadência, a partir do fato gerador, desde que obedecidas determinadas premissas, conforme texto abaixo transcrito, como também a ressalva das situações em que o prazo se conta a partir do primeiro dia do exercício seguinte:

Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710- 0 Entendimentos firmado:

Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 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

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante n°008 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota I: 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. 173 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.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, §4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de lo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial.

Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Evidentemente, a própria descrição da infração “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial” se enquadra na orientação do incidente de uniformização da PGE, de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 parágrafo 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.

As ressalvas quanto aos fatos geradores anteriores a 2008 obviamente não se aplicam, nem tampouco as hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, I, do mesmo Código. Contudo não há no processo quaisquer indícios que se possa aplicar a ressalva supracitada, já que não consta que as operações não tenham sido registradas, ou seja, o Recorrente efetivamente declarou as operações em seus livros, contudo, efetuou apuração menor e recolheu a menos o imposto devido por antecipação parcial.

Assim, como a jurisprudência deste Conselho tem se firmado no sentido de que, para efeitos de contagem do prazo decadencial, o fator determinante é a data da ciência do lançamento e não a sua lavratura, resta evidente que todo o período foi fulminado pelo instituto da decadência, ainda que fosse aplicada a regra do art. 173 do CTN, pois se contando o prazo a partir do primeiro dia subsequente ao exercício fiscalizado, 01/01/2012, o contribuinte tomou ciência no dia 05/01/2017, já fora do prazo admissível, tendo o Relator *a quo*, considerado a data da lavratura, 30/12/2016, mantendo o lançamento, de forma equivocada, ainda que aplicada a regra do art. 173 do CTN.

Face ao exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** ao Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.3042/16-0**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS