

A. I. N° - 196900.0018/18-0
AUTUADO - PEIXOTO & RIBEIRO LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Razões de defesa, não de mérito, e sim de decadência de algumas datas de ocorrência, elidem em parte este item da autuação na forma prevista art. 150, § 4º do CTN. Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda. Infração subsistente parcialmente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Item reconhecido. Infração subsistente. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Razões de defesa não de mérito, e sim de decadência de algumas datas de ocorrência, elidem em parte este item da autuação na forma prevista art. 150, § 4º do CTN. Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda. Neste contexto, de ofício, conforme a dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que pese não ter sido arguido na peça de defesa, observo que os fatos geradores que ocorreram nas datas de ocorrência de 31/01/2014 e 28/02/2014, porquanto a ciência do Auto de Infração ter ocorrido em 12/03/2019, por Edital de Intimação nº 2/2019, publicado no DOE, data em que foi formalizado o lançamento, termo final da contagem de prazo para imperar a decadência do lançamento, como assim dispõe a Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda, na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devem ser considerados homologados e definitivamente extintos os débitos das ocorrências citadas, por ter sido também efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador. Infração subsistente parcialmente. Acolhidos, portanto, os pedidos de decadência. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2018, exige crédito tributário no valor de R\$46.352,27, conforme CD/mídia à fl. 33, e demonstrativos/documentos às fls. 07 a 32 dos autos, em razão da constatação de três irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 - 07.21.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos anos de 2013, 2014 e 2015 na forma do demonstrativo de fl. 9 dos autos, que faz parte integrante do

CD/mídia à fl. 33. Lançado ICMS no valor de R\$31.106,67, com enquadramento no artigo 34, inc. III, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inc. III, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo ao ano de 2013 na forma do demonstrativo de fl. 13 dos autos, que faz parte integrante do CD/mídia à fl. 33. Lançado ICMS no valor de R\$722,08, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 07.21.04: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos anos de 2013, 2014 e 2015 na forma do demonstrativo de fl. 13 dos autos, que faz parte integrante do CD/mídia à fl. 33. Lançado ICMS no valor de R\$14.523,52, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte apresenta defesa, às fl. 41/42 dos autos, na qual, após dizer que é uma pessoa jurídica estabelecida na rua 2 de julho, nº 53, centro, município de Ipiaú, Estado da Bahia, neste ato, representada pela sócia subscrita, vem com fulcro no art. 123, do Dec. nº 7.629/99, contestar parcialmente, o Auto de Infração em epígrafe, pelas razões a seguir expostas.

I. DOS FATOS

Diz que, em 29/12/2018, fora lavrado contra a empresa o Auto de Infração supracitado, relativo ao período de 01/01/2013 a 31/12/2015, acusando “*pagamento a Menor do ICMS devido por Antecipação Tributária — Entradas*”, “*Falta de Pagamento do ICMS por Antecipação Parcial*” e “*Pagamento a Menor do ICMS devido por Antecipação Parcial*”, cujo débito total, em valor histórico, é de R\$46.352, 27.

Com efeito, aduz que, em face da conjuntura econômica nacional e, especialmente, os problemas de pelos quais passa a região cacaueira, a autuada procurou manter, com muita dificuldade, os postos de trabalho de alguns pais de família e, assim, deixando de recolher alguns valores relativos ao ICMS.

No entanto, discorda quanto à fiscalização e exigência do ICMS relativo ao exercício de 2013, haja vista a sua flagrante decadência, não sendo mais permitido o lançamento do crédito tributário e nem tampouco cobrança de valores a ele pertinentes.

II. DOS FATOS

Após destacar os termos do art. 150, §4º, do CTN, diz que fica claro, então que se outra lei fixasse outro prazo esse valeria para a situação fixada. Resta, no entanto, que lei? Infere-se no ordenamento jurídico brasileiro que seria uma lei de competência federal. Pergunta-se: uma lei estadual ou um mero Decreto do Executivo Estadual poderia contrariar uma disposição federal, trazendo prejuízo ao contribuinte?

Pontua que o disposto no art. 173, I do CTN, não deve ser aplicado ao caso em tela, pois o dispositivo anterior é favorável ao contribuinte. Não há de se admitir, numa mesma lei dois dispositivos que se contradizem e se decidir por aplicar o mais oneroso contra o contribuinte.

Consigna que o período de apuração do ICMS é mensal, E assim sendo, mensal deverá ser todos os efeitos decorrentes da inadimplência de quaisquer pagamentos. À luz da boa prática jurídica e

fiscalizatória, diz que não há porque apurar-se o tributo mensalmente, e com relação a esse intervalo temporal, calcular os acréscimos moratórios e a correção monetária, e quando se discute o prazo decadencial, considera-lo anual a fim de propiciar um prazo mais longo em favor do Fisco, situação essa inconcebível no Estado Democrático de Direito.

Ressalta que, como é regra geral em nosso ordenamento jurídico, se há controvérsia sobre dois dispositivos de uma mesma lei ou de leis diferentes, deve-se aplicar a menos penosa à quem a lei atinge

III. DO PEDIDO

Disso posto, registra que a autuada só tem a rogar a Deus que iluminem d. Conselheiros, para terem sensibilidade em julgar parcialmente procedente o Auto de Infração ora contestado, ou seja, excluído de seus cálculos todos os valores relativos ao exercício de 2013.

O Autuante em sua informação fiscal, às fls. 48/50 dos autos, diz que a autuada reconhece parte do débito nos seguintes termos:

“Com efeito, em face da conjuntura econômica nacional e, especialmente, os problemas pelos quais passa a região cacauíra, autuada procurou manter, com muita dificuldade, os postos de trabalho de alguns pais de família e, assim, deixando de recolher alguns valores relativos ao ICMS”.

Porém diz alegar decadência em relação a cobrança do ICMS relativo ao exercício de 2013.

Nesse sentido, diz que a ocorrência do fato gerador e a Ação fiscal não pode extrapolar cinco anos. Observa que 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”.

Destaca a Súmula Vinculante 08, editada polo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual diz ser aplicável aos créditos tributários. Diz, também, que a Procuradoria Geral do Estado (PGE) adotou o *“Incidente de Uniformização”*, como o de nº PGE2016.194710-0, que destaca.

Neste contexto, diz que, é inquestionável 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

Diante do exposto, para salvaguardar o interesse público, esperando dos membros deste egrégio Colégio o julgamento pela procedência Parcial do presente auto de infração, em favor da Fazenda Pública Estadual.

À fl. 50-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$46.352,27, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo as infrações 1 e 3 impugnadas parcialmente, e a infração 2 acatada. Em relação à infração 2, por não haver lide e não vendo nada que desabone a autuação, de pronto, se está considerando procedente. Por sua vez, as infrações 1 e 3, a arguição de defesa é eminentemente de decadência dos fatos geradores, relativo ao ano de 2013, com o reconhecimento do débito relativo aos anos de 2014 e 2015, que então passo a manifestar.

Como bem destacou o sujeito passivo em sede de defesa, o que foi acompanhado pelo próprio agente Fiscal Autuante, no âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN), editado pela Lei nº 5.172/66. Observa-se que, nos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, se por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º, remete à contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido declarado e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

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. (grifo Acrescido)

Por sua vez, o art. 173 inciso I do CTN, remete a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido, de fato, na forma posta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150 § 4º do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173 I do CTN).

No caso do Auto de Infração em tela, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, o que foi acompanhado pelo agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar os débitos tributários do ano de 2013, dado a data de ciência do presente procedimento fiscal, que se efetivou no dia 12/03/2019, por Edital de Intimação nº 2/2019, publicado no DOE, data em que foi formalizado o lançamento fiscal, para cobrar débito tributário relativo a recolhimento à menor do ICMS por antecipação total ou parcial de operações por aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, na condição de empresa optante do Simples Nacional, para comercialização nos termos do artigo 12-A e do artigo 34, inciso III, da Lei 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores, pois enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores, ou seja, da data de ocorrência do fato gerador.

Aliás, como destacado pelo sujeito passivo na peça de defesa, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Registro, também, que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, na forma a seguir destacada:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Neste contexto, em que pese não ter sido arguido na peça de defesa, observo que os fatos geradores que ocorreram nas datas de ocorrência de 31/01/2014 e 28/02/2014, porquanto a ciência do Auto de Infração ter ocorrido em 12/03/2019, por Edital de Intimação nº 2/2019, publicado no DOE, data em que foi formalizado o lançamento, termo final da contagem de prazo para imperar a decadência do lançamento, como assim dispõe a Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda, na forma prevista art. 150 § 4º do CTN, devem ser considerados homologados e definitivamente extintos os débitos das ocorrências citadas, por ter sido, também, efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador.

Em sendo assim, as infrações 1 e 3 devem ser alteradas dos valores de R\$31.106,67 e R\$14.523,52, para os valores remanescentes de R\$14.935,67, e R\$13.428,54, respectivamente, na forma dos demonstrativos de débitos a seguir destacados:

Demonstrativo de Débito Remanescente da Infração 1		
Data Ocorr	Data Vencto	Valor histórico – R\$
31/03/2014	09/04/2014	1.874,62
30/04/2014	09/05/2014	140,07
31/05/2014	09/06/2014	728,09
31/10/2014	09/11/2014	3.654,56
30/11/2014	09/12/2014	3.245,75
30/04/2015	09/05/2014	31,66
31/07/2015	09/08/2014	317,61
31/08/2015	09/09/2014	4.479,32
30/09/2015	09/10/2014	437,93
31/10/2015	09/11/2014	26,16
Total da Infração 1		14.935,77

Demonstrativo de Débito Remanescente da Infração 3		
Data Ocorr	Data Vencto	Valor histórico – R\$
31/03/2014	09/04/2014	329,51
30/04/2014	09/05/2014	111,62
31/05/2014	09/06/2014	528,60
31/07/2014	09/08/2014	568,69
31/08/2014	09/09/2014	699,11
30/09/2014	09/10/2014	508,21
31/10/2014	09/11/2014	1.726,88
30/11/2014	09/12/2014	1.115,65
28/02/2015	09/03/2015	69,85
31/03/2015	09/04/2015	40,90
31/05/2015	09/06/2015	1.182,92
31/06/2015	09/07/2015	57,48
31/07/2015	09/08/2015	893,41
31/08/2015	09/09/2015	1.910,08

31/10/2015	09/11/2015	1.578,03
31/11/2015	09/12/2015	1.855,21
31/12/2015	09/01/2016	252,39
Total da Infração 3		13.428,54

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela, por julgar subsistente a infração 2, e subsistente em parte as infrações 1 e 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **196900.0018/18-0**, lavrado contra **PEIXOTO & RIBEIRO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.086,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA