

A. I. N° - 274068.0006/09-0
AUTUADO - VIVO S.A.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA,
CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS.
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET- - 18. 03. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0043-01/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuação elidida parcialmente. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. Afastada a decadência argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/10/2009, exige do autuado o pagamento do valor de R\$ 290.194,90, em decorrência do descumprimento das seguintes obrigações acessórias:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a abril, junho, agosto, outubro a dezembro de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 10% do valor comercial das mercadorias, correspondendo a R\$ 283.640,79;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a abril, setembro e outubro de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 1% do valor comercial das mercadorias, correspondendo a R\$ 6.554,11.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 65 a 74), recorrendo inicialmente sobre a acusação fiscal e os dispositivos legais apontados como infringidos e da multa aplicada.

Afirma que o lançamento é improcedente, por ter ocorrido a decadência de quase a totalidade dos créditos exigidos, referente aos períodos anteriores a 26 de outubro de 2004, assim como pela correta escrituração das Notas Fiscais nº 26042, 26045 e 26046 emitidas em novembro de 2004.

Reportando-se à decadência, destaca que parte dos créditos exigidos encontra-se, atingida pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Alega que a constituição definitiva dos créditos consubstanciados no Auto de Infração em lide ocorreu em 26 de outubro de 2009, data na qual foi cientificado da autuação, conforme documento à fl. (doc. nº 03), sendo os fatos geradores referentes ao período de fevereiro a dezembro de 2004 (Infração nº 01) e de fevereiro a outubro (Infração nº 02).

Sustenta que o Código Tributário Nacional estabelece que nos lançamentos por homologação, o prazo de 05 (cinco) anos para a extinção

Created with

sua contagem a partir da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º, que reproduz.

Destaca que a Primeira Seção do STJ, acolhendo a tese acima esposada, por unanimidade, prolatou acórdão ao julgar Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 278.727/DF.

Salienta que ainda que se alegue a necessidade de pagamento parcial do tributo para a aplicação do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, isto não será impedimento para o reconhecimento da decadência dos créditos ora exigidos, pois, conforme as guias de pagamento de ICMS anexas (doc. nº 04), em todos os meses sobre os quais recai a autuação houve pagamento de ICMS, ainda que parcial, justificando plenamente a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

Invoca nesse sentido a jurisprudência do STJ, dizendo estar pacificado que o início da contagem do prazo decadencial no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação é a data de ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, §4º do CTN, ainda que o pagamento tenha ocorrido parcialmente. Reproduz trecho do acórdão REsp 811243 / CE - 1ª Turma – Min. Rel. Teori Albino Zavascki, assim como do REsp 757922 / SC – 1ª Turma – Min. Rel. Teori Albino Zavascki.

Prosseguindo, diz que o pagamento ao menos parcial do ICMS é requisito para que se dê a incidência do artigo 150, § 4º do CTN, sendo este exatamente o caso dos autos, haja vista que recolheu o tributo devido, mês a mês, sobre a aquisição de mercadorias no período, conforme se comprova dos relatórios de apuração de ICMS e comprovantes de quitação anexados.

Aduz que, apesar de se tratar de exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, tal conclusão não se altera, tendo em vista que o acessório segue o principal, significando dizer que se a obrigação principal encontra-se atingida pela decadência, por consequência, a obrigação acessória de exigência de escrituração das notas fiscais também deve estar.

Observa que a multa imposta decorreu da existência de um fato gerador, no caso, compra/entrada de mercadorias, estando todos os direitos e obrigações relacionados a esse fato gerador extintos em 05 (cinco) anos de sua efetiva ocorrência.

Acrescenta que esse é o entendimento pacífico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que declara expressamente que, em caso de descumprimento de obrigação acessória, o prazo decadencial deve ser o mesmo aplicável ao do tributo ao qual se vincula, conforme Acórdão que reproduz parcialmente AC 1997.38.01.005501-0/MG - OITAVA TURMA – Relatora Desa. MARIA DO CARMO CARDOSO.

Diz que vinculando a presente autuação ao ICMS (tributo sujeito a homologação, aplica-se, indubitavelmente, a contagem do prazo decadencial nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, valendo dizer que como a ciência da autuação somente ocorreu em 26.10.2009, as exigências anteriores a 26.10.2004 estão decaídas.

Aduz que não pode ser alegado que o prazo seria contado a partir da lavratura do Auto de Infração, uma vez que já é pacífico que a intimação do contribuinte é essencial para interromper-se o transcurso da decadência, conforme decisão do STJ no REsp nº 73594/PR, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, cujo trecho do Acórdão transcreve.

Afirma restar clara a decadência dos créditos exigidos na presente autuação relativos ao período compreendido entre fevereiro e 26 de outubro de 2004.

No que concerne ao mês de dezembro de 2004, relativamente à infração 01, diz que tal período não se encontra atingido pela decadência, motivo pelo qual, em demonstração de boa-fé, requer a expedição de guia de pagamento da multa exigida, referente à não escrituração da Nota Fiscal nº 016.170, no valor de R\$ 15.010,10.

Destaca ainda que não estava obrigado a apresentar os livros quando da ocasião da fiscalização, haja vista que, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 195 do CTN, o livro de registro de entrada de mercadoria deveria ser conservado somente por 05 (cinco) anos, prazo esse esgotado em relação à quase a totalidade do período autuado.

Continuando registra que no período de novembro de 2004, o qual não se encontra atingido pela decadência, não há qualquer irregularidade na escrituração fiscal.

Diz que em 26 e 27 de novembro de 2004, adquiriu mercadorias consu
nºs 26042, 26045 e 26046, nos valores, respectivamente, de R\$ 461.980,3
que se encontram devidamente escrituradas no livro Registro de Entra

comprovam a página nº 35 do livro fiscal de registro de entradas, referente a fevereiro de 2005 (doc. nº 05), onde constam as referidas Notas Fiscais nº 26042, 26045 e 26046.

Salienta que tal informação pode ser confirmada pelos autuantes na simples análise das informações enviadas pela empresa à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio do SINTEGRA – Serviço Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços, sendo imperioso que sejam excluídos da autuação os valores referentes à multa por ausência de escrituração fiscal das entradas de mercadoria referentes às Notas Fiscais nº 26042, 26045 e 26046.

Conclui requerendo o cancelamento do Auto de Infração, com a extinção do crédito tributário nele consubstanciado e o seu arquivamento.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 124 a 128, na qual contestam inicialmente as alegações defensivas quanto à decadência do direito de constituição do crédito tributário, sustentando que o Estado da Bahia estipula o prazo de homologação, através da Lei 3.956/81, consoante o seu art. 28, o qual reproduzem. Invocam também o art. 905 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, reproduzindo-o, para afirmarem que não procede a alegação defensiva de que os créditos existentes até a data de 26/10/2004 encontram-se extintos, pois o direito do Estado de constituir o crédito tem amparo através do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também através do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Consignam que efetuaram o lançamento fiscal referente às operações registradas no exercício de 2004, período de janeiro a dezembro, sendo os trabalhos de fiscalização iniciados em 2008 e concluídos em 20/10/2009, portanto, dentro do prazo previsto no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e RICMS-BA.

Rechaçam a alegação defensiva de que estava desobrigado da apresentação dos livros, pois o art. 195, parágrafo único do CTN refere-se a prescrição e não decadência. Acrescentam que, além disso, em conformidade como o art. 144 do RICMS/BA, os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), que é de 5 anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ressaltam que lhes cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, pois devem obediência ao RICMS/BA, por responsabilidade funcional.

Quanto ao mérito, dizem que as Notas Fiscais nº 26042, 26045 e 26046 emitidas em novembro de 2004, foram escrituradas em fevereiro de 2005, portanto fora do período de fiscalização, contudo, após análise e avaliação dos documentos apresentados na impugnação, sugerem que o valor do Auto de Infração seja reduzido, excluindo o valor total referente ao mês de novembro de R\$ 115.624,00, passando de R\$ 290.194,90 para o valor de R\$ 174.570,90, sendo o valor de R\$ 168.016,79 da infração 01, conforme tabela que apresentam mais R\$ 6.554,11 da infração 2, totalizando R\$ 174.570,90.

Registram que, relativamente ao período em que o impugnante não alega decadência, no caso o mês de dezembro de 2004, admite a procedência ao requerer a expedição de guia de pagamento.

Finalizam mantendo parcialmente a autuação.

Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal este se manifesta às fls. 133 a 137, dizendo que em sua impugnação demonstrou a improcedência do Auto de Infração, em razão de ter se operado a decadência de quase a totalidade dos créditos exigidos, referente aos períodos anteriores a 26 de outubro de 2004, bem como que houve a devida escrituração das Notas Fiscais nºs 26042, 26045 e 26046 emitidas em novembro de 2004.

Diz que no tocante às Notas Fiscais nºs 26042, 26045 e 26046, emitidas em novembro de 2004, a fiscalização percebeu o equívoco, em decorrência da devida escrituração das referidas notas em fevereiro de 2005, opinando pela exclusão do valor de R\$ 115.624,00, referente a novembro de 2004, com o qual concorda.

Contudo, com relação ao argumento relativo à decadência dos créditos exigidos, diz que não pode concordar, tendo em vista que o diploma legal competente para dispor sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, é I

CTN, conforme dispõe a Constituição Federal no seu art.146, III, “b”

face da contrariedade supostamente verificada entre os diplomas esta

lei estadual que dispõe sobre decadência não poderá sobrepor-se à lei complementar de normas gerais, como pretendem os autuantes, conforme entendimento pacífico do STJ, cujo trecho do Acórdão do RESp 1032703/PE, SEGUNDA TURMA, proferido pela Ministra ELIANA CALMON, e RESp 749.446/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, transcreve.

Consigna que diante do contido na Constituição da República, não há que se falar em aplicação do disposto na legislação do Estado da Bahia em prejuízo do disposto no Código Tributário Nacional. Observa que, caso este CONSEF entenda de forma diversa, quando da discussão judicial da presente autuação, o Fisco inevitavelmente sairá perdedor, haja vista a jurisprudência unânime do STJ, o que acarretará a condenação da Fazenda Pública em ônus de sucumbência de alta monta.

Acrescenta que é imperioso o reconhecimento de que parte dos créditos ora exigidos encontram-se inexoravelmente atingidos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Reitera que a constituição definitiva dos créditos consubstanciados no Auto de Infração em lide ocorreu em 26/10/2009, data na qual foi cientificado de sua lavratura, como os fatos geradores da infração 01 são referentes ao período de fevereiro a dezembro de 2004, e da infração 02 referentes ao período de fevereiro a outubro de 2004, as exigências anteriores a 26/10/2004 estão decaídas.

Invoca decisão da Primeira Seção do STJ, que por unanimidade, prolatou acórdão ao julgar Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 278.727/DF, em 28.10.2003, na qual se fixou a orientação atualmente seguida por aquela Corte, a qual reproduz.

Salienta que, apesar de se tratar da exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, tal conclusão não se altera, haja vista que o acessório segue o principal, valendo dizer que se a obrigação principal encontra-se atingida pela decadência, por consequência, a obrigação acessória de exigência de escrituração das notas fiscais também deve estar.

Repete que todos os direitos e obrigações relacionados a esse fato gerador extinguem-se em 05 (cinco) anos contados de sua efetiva ocorrência, caso contrário, abrir-se-ia perigoso permissivo à fiscalização para aplicação de multas indefinidamente sobre quaisquer fatos geradores, sendo esse é o entendimento pacífico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que declara expressamente que, em caso descumprimento de obrigação acessória, o prazo decadencial deve ser o mesmo aplicável ao do tributo ao qual se vincula, conforme trecho do acórdão AC 1997.38.01.005501-0/MG - OITAVA TURMA – Relatora Des. MARIA DO CARMO CARDOSO, que transcreve.

Afirma que se vinculando a presente autuação ao ICMS, que é um tributo sujeito a homologação, aplica-se, indubitavelmente, a contagem do prazo decadencial nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, restando claro a ocorrência da decadência dos créditos exigidos na presente autuação relativos ao período compreendido entre fevereiro e 26 de outubro de 2004.

Conclui requerendo a exclusão do valor de R\$ 115.624,00, referente ao mês de novembro de 2004, conforme proposto pelos autuantes, assim como, o reconhecimento da decadência dos créditos relativos ao período de fevereiro a 26 de outubro de 2004 e, por consequência, o cancelamento do Auto de Infração com a extinção do crédito tributário nele consubstanciado e o seu arquivamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a falta de registro de entradas de mercadorias no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis.

Do exame das peças processuais, verifico que, em preliminar, o autuado argúi a ocorrência de decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a outubro de 2004, sob o argumento de ter sido ultrapassado o prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN, cuja contagem começa a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Certamente que não pode prosperar a pretensão do contribuinte, haj artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do C Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que

constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, no presente caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009. Como a ação fiscal se iniciou através de intimação datada de 04/12/2008 e o lançamento ocorreu em 20/10/2009, não há que se falar em decadência do direito.

Cumpra registrar, que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05 e, mais recentemente, o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Vale consignar que o entendimento acima esposado, aplica-se inclusive aos livros fiscais, razão pela qual a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória se apresenta correta, por restar evidente que se a obrigação principal não foi atingida pela decadência, consequentemente a obrigação acessória de exigência de escrituração das notas fiscais também não decaiu.

Cabe ainda observar que nos termos do art. 167, III do RPAF/99, não tem competência esta Junta de Julgamento para negar vigência a ato normativo emanado de autoridade superior, conforme suscitado pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

No mérito, constato relativamente à infração 01, que o impugnante comprova que as Notas Fiscais n.s 26042, 26045 e 26046, referentes ao mês de novembro de 2004, mesmo que intempestivamente foram registradas no mês de fevereiro de 2005, fato reconhecido pelos próprios autuantes que ao prestarem a informação fiscal apresentaram demonstrativo com a exclusão do valor de R\$ 115.624,00, correspondente ao total das multas das mencionadas notas fiscais, resultando na supressão do mês de novembro de 2004 do levantamento fiscal.

Observe que o impugnante reconhece o cometimento da infração 01, mês de dezembro de 2004, por entender não estar alcançado pela decad

que requereu o documento de arrecadação para efetuar o recolhimento.

No que concerne aos demais meses, ou seja, fevereiro, março, abril, junho, agosto e outubro de 2004, afastada a decadência argüida pelo impugnante pelas razões acima expostas, verifico que este não traz aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidir a autuação, a exemplo do que fez no mês de novembro de 2004.

Assim sendo, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 168.016,79.

No que concerne à infração 02, afastada a decadência argüida pelo impugnante, observo que este não traz aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidir a autuação. Na realidade, neste item limitou-se a argüir exclusivamente a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Infração mantida no valor de R\$ 6.554,11.

Diante do exposto, a autuação é parcialmente subsistente, passando o valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 290.554,11 para R\$ 174.570,90.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0006/09-0**, lavrado contra **VIVO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$174.570,90**, previstas no art. 42, IX, XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR