

A. I. Nº - 269568.0002/10-9
AUTUADO - DOW BRASIL S. A.
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17/06/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DE DOCUMENTO EM DUPLICIDADE. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Quanto a estas infrações, o autuado não contestou o mérito da autuação, apresentando preliminar de decadência e pedido de cancelamento da multa. Rejeitada a preliminar de decadência e não acatado o pedido de redução e cancelamento das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2010, refere-se à exigência de R\$86.148,74 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$295.775,43, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, nos meses de maio e junho de 2005. Valor do débito: R\$86.148,74. Multa de 60%.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2005 a setembro de 2009, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$168.668,64.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2009, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$127.106,72.

O autuado apresentou impugnação (fls. 244 a 253), informando que optou por realizar o pagamento parcial das infrações cominadas no Auto de Infração. Tal pagamento refere-se aos valores devidos nos períodos subsequentes a dezembro de 2005, e foi realizado em guia específica, consoante demonstra a cópia anexada à impugnação. Quanto aos fatos anteriores a dezembro de 2005, alega que a exigência fiscal se refere a períodos irremediavelmente abarcados pelo prazo decadencial, e que tal fato foi desconsiderado pela autoridade fiscal. Transcreve o art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional e ensinamentos de Luciano Amaro e Paulo de Barros Carvalho. Também reproduz ementa de decisão do CONSEF, dizendo que já foi consolidada a posição a respeito deste tema, citando o Acórdão 1740/00, proferido no PAF relativo ao Auto de Infração nº 207160.0012/99-9. O defendente entende que restou patente a impossibilidade jurídica de aquiescer-se com a pretensão de cobrança expressa pela autoridade administrativa na lavratura do presente auto de infração, em relação aos meses de janeiro a novembro de 2005, porque se encontram abarcados pela decadência. Na hipótese de adotar-se entendimento diverso em relação à decadência do direito da autoridade fiscal constituir lançamento com relação ao período anterior a dezembro de 2005, entende que a multa aplicada revela-se desproporcional e excessiva, restando patente a característica confiscatória da penalidade aplicada. Quanto às

multas exigidas nas infrações 02 e 03, alega que tais penalidades revelam-se exacerbadas, e que a conduta apontada nenhum prejuízo causou ao Erário Estadual. Isso porque dela não resultou o recolhimento de imposto a menos, como se pode verificar da própria memória de cálculo acostada ao auto de infração. Diz que no caso em questão, nenhum prejuízo foi causado ao Estado, sendo abusiva a aplicação de qualquer sanção. Quando muito, poder-se-ia admitir a aplicação de multa simbólica, tal como um valor fixo, jamais um percentual sobre o valor total da operação. Comenta sobre o § 7º do art. 42 da lei nº 7.014/96, que prevê a possibilidade de redução e mesmo de cancelamento da penalidade. Afirma que não há que se cogitar da aplicação do princípio da vedação ao confisco apenas para os valores advindos da exação tributária e que os tribunais superiores reconhecem a aplicabilidade de tal princípio às multas, especialmente àquelas meramente punitivas, independentes da ausência de recolhimento a menos de tributo. Salienta que este tem sido o entendimento das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme ementas que transcreveu referentes aos Acórdãos números: 232884.0011/00-8 e 09168559/08. Entende que a multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser cancelada, em homenagem a todos os dispositivos legais mencionados, e informa que provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos que se façam imprescindíveis à plena elucidação dos fatos. Requer ainda a realização de sustentação oral. Por fim, que o presente Auto de Infração seja julgado insubsistente para o fim de se determinar o cancelamento das multas aplicadas, com o consequente arquivamento do processo administrativo, frente ao pagamento das demais autuações cominadas.

O autuante Jorge Luiz Virgens Gonzaga prestou informação fiscal às fls. 259/260 dos autos. Diz que o autuado não contestou o mérito das infrações apontadas, apenas se referiu à decadência dos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram em 2005. Transcreve os arts. 150, § 4º e 173, I do CTN, além do art. 965, I e parágrafo único do RICMS/BA, e diz que não se aplica ao presente caso o art. 150, § 4º do CTN, por ter a legislação do ICMS no Estado da Bahia regulado a matéria de forma distinta. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

A primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, nos meses de maio e junho de 2005.

Infração 02: Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2005 a setembro de 2009, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias.

Infração 03: Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2009, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias.

O autuado não contestou o mérito da autuação, haja vista que nas razões de defesa disse que optou por realizar o pagamento parcial do débito apurado nas infrações e que esse pagamento refere-se aos valores devidos nos períodos subsequentes a dezembro de 2005, tendo apresentado alegações quanto à decadência em relação aos meses de janeiro a novembro de 2005.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente a fatos ocorridos a partir de janeiro de 2005, foi alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2005, fundamentando a sua alegação nos arts. 150 e 173, I do CTN, apresentando o entendimento de que restou patente a impossibilidade jurídica da cobrança expressa pela autoridade administrativa na lavratura do presente auto de infração, em relação aos meses de janeiro a novembro de 2005 porque se encontram abarcados pela decadência.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

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 à homologação, será ele de 5 (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.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. 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.

§ 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.

O RICMS/BA também estabelece art. 965, que o direito de a fazenda pública constituir crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que está conforme o previsto no art. 173, I do CTN.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada afigura-se na forma de confisco, observo que a aplicação das multas indicadas no presente Auto de Infração foram embasadas em perfeita consonância com a previsão constante do art. 42 da Lei 7.014/96, estando correto o enquadramento das multas constantes nas infrações apontadas, salientando-se que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Também não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99. Assim, concluo pela procedência do imposto exigido na primeira infração, bem como das multas aplicadas nas infrações 02 e 03.

Em relação ao argumento do defendente de que optou por realizar o pagamento parcial do débito apurado no presente lançamento, que foi realizado em guia específica, a cópia referida nas razões de defesa não foi anexada aos autos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269568.0002/10-9**, lavrado contra **DOW BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.148,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$295.775,43**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR