

A. I. N° - 269568.0002/10-9
AUTUADO - DOW BRASIL S. A.
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 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 combinadas no Auto de Infração. Tal pagamento refere-se aos valores devidos nos períodos subseqüentes 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 emente 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 n° 207160.0012/99-9. O deficiente 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 subseqüentes a dezembro de 2005, tendo apresentado alegações quanto à decadência em relação aos meses de janeiro a novembro de 2005.

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defensor, 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 defensor 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 defendant 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 defendant 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 3^a 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