

PROCESSO - A. I. Nº 279115.0001/10-9
RECORRENTE - MARISA LOJAS S.A. (MARISA & FAMÍLIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0075-02/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0399-12/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração mantida. Rejeitado o pedido de nulidade do lançamento tributário e da decadência argüidos na defesa fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para aplicar multa no valor de R\$70.863,15, em razão do contribuinte ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, setembro a dezembro de 2005, janeiro, abril, maio, julho a novembro de 2006, junho a agosto, outubro a dezembro de 2007 conforme demonstrativo à fl.26 a 29 e cópias das notas fiscais às fls.30 a 105.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

A exigência fiscal lançada no demonstrativo de débito do Auto de Infração, diz respeito a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 10% do valor das mercadorias, decorrente da falta de registro na escrita fiscal das notas fiscais de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativo às fls.26 a 29.

A falta de escrituração de notas fiscais na escrita fiscal sujeita o contribuinte às multas por descumprimento de obrigação tributária, consoante dispõe os incisos IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado reconhece sua obrigação acessória tributária prevista no artigo 319 do RICMS/97 e ao defender-se o autuado reconheceu o cometimento da infração imputada relativa aos fatos geradores dos meses outubro a dezembro de 2005, janeiro, abril, maio, julho a novembro de 2006, junho a agosto, outubro a dezembro de 2007, e comprovou através do DAE às fls.167 a 169, o recolhimento no valor de R\$ 65.872,29.

Desta forma, diante do reconhecimento e recolhimento das parcelas acima citadas, ficam extintos os débitos inerentes aos referidos meses, conforme dispõe o RPAF/99.

Quanto ao débito dos meses de fevereiro e setembro de 2005, o patrono do autuado suscitou a decadência dos meses, com fulcro no § 4º do artigo 150 do CTN.

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro a setembro de 2005, observo que não assiste razão ao defendant, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 23/08/2010, e o contribuinte foi cientificado em 06/10/2010, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2005, findando-se em 31/12/2009.

Restando caracterizado o cometimento da infração, foi correta a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, subsistindo integralmente a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhidos através do DAE às fls. 167 a 169.

O sujeito passivo após ter sido cientificado da Decisão, no endereço da sede da empresa, apresentou Petição requerendo a anulação da intimação, pois esta não foi encaminhada aos destinatários expressamente indicados na apresentação da defesa, a empresa autuada e o advogado legalmente habilitado.

O PAF foi encaminhado à PGE /PROFIS que opinou pelo Indeferimento do pleito do autuado após observar que a intimação acerca da Decisão da JJF foi dirigida ao endereço do autuado conforme previsto no art. 108 do RPAF/99, não havendo qualquer razão para se decretar a nulidade suscitada.

O Presidente deste Conselho de Fazenda apesar de concordar com o opinativo da PGE/PROFIS devolveu ao contribuinte o prazo para a apresentação do Recurso Voluntário, sob o argumento de que a empresa ao se pronunciar inicialmente em 04/05/2011 se encontrava dentro do prazo para a apresentação do Recurso Voluntário.

À fls. 243 a 250 o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, inicialmente esclarecendo que na Primeira Instância reconheceu parcialmente a acusação, especificamente os itens 3 a 18 do demonstrativo e colacionou os comprovantes de pagamento no valor de R\$65.872,29. Se insurgiu contra os débitos dos itens 1 e 2 por estarem atingidos pela decadência. Diz que o julgamento de 1ª Instância determinou a homologação dos pagamentos e manteve integralmente a acusação fiscal.

Após transcrever trecho do voto proferido pela Junta de Julgamento Fiscal referente a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro a setembro de 2005, sustenta que a Decisão está contraditória, pois manteve integralmente o Auto de Infração, ao mesmo tempo em que reconheceu explicitamente a decadência fazendária, fixando o termo final em 31/12/2009, enquanto que o lançamento tributário foi cientificado em 06/10/2010, sendo forçoso concluir que o Auto de Infração é nulo por força da decadência. Entende que caso mantida a acusação fiscal, a incongruência ressaltada figuraria flagrante cerceio de defesa e ofensa ao princípio da motivação jurisdicional.

Requer assim a decretação da nulidade do Auto de Infração, ou, não sendo este o entendimento desta CJF, o cancelamento da Decisão recorrida, para ser corrigido o mencionado vício.

Prossegue discordando do entendimento da Junta de Julgamento ao aplicar a regra geral prevista no CTN, art. 173, I, pois este se dirige tão-somente aos casos em que o Fisco é o titular da competência de interpretar e aplicar originariamente a legislação tributária, por meio de lançamento de ofício, independentemente de qualquer ato particular, não sendo este o presente caso, tendo em vista que o ICMS é um tributo sujeito a lançamento por homologação.

Sustenta que o artigo 173, I, do CTN não pode ser aplicado ao presente caso e sendo assim, forçosamente os débitos constantes nos itens 1 e 2 do demonstrativo de débito foram atingidos pela decadência, consoante previsto no art. 150 § 4º no referido código, uma vez que os fatos geradores das obrigações acessórias ocorreram em 28/02/2005 e 30/09/2005, implicando no termo final do prazo decadencial em 28/02/2010 e 30/09/2010, respectivamente. Caso não seja este o entendimento da Câmara de Julgamento Fiscal, invoca o art. 158 do RPAF, que prevê competência jurisdicional para cancelar as multas oriundas de descumprimento de dever acessório, quando este não resultar em falta de recolhimento de tributo, nem ter sido praticado com atos dolosos, fraudulentos ou simulados, tendo em vista que a acusação fiscal diz respeito a ausência de registro de entrada de mercadorias, o qual não incide ICMS, sem qualquer imputação de conduta dolosa ou falta de pagamento, não trazendo nenhum prejuízo ao Erário baiano, mesmo porque,

desde a inicial foi comprovado o pagamento das multas não atingidas pela decadência, denotando a sua boa-fé.

Por fim solicita o provimento do Recurso Voluntário, para que, preliminarmente seja decretada a nulidade da Decisão de 1^a Instância, para afastar o vício de incongruência interna e caso esta não seja acolhida, requer o cancelamento dos débitos relativos aos itens 1 e 2 do demonstrativo de débito, por ter sido alcançado pela decadência, nos termos do art. art. 150, § 4º do CTN.

Reitera o pedido explicitado em sua defesa, para que todos os atos processuais sejam publicados para o autuado e o preposto que indicou.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de primeiro grau que julgou este Auto de Infração procedente, no qual se exige multa de 10% em razão do contribuinte ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Inicialmente cabe analisar o pedido de nulidade da Decisão proferida pela 1^a Instância.

Da leitura do voto em questão constato que o raciocínio do julgador foi no sentido de não acatar a decadência suscitada pelo sujeito passivo, entretanto, equivocadamente, indicou como data de início da contagem do prazo decadencial 01/01/2005 e final 31/12/2009 quando deveria ser 01/01/2006 e 31/12/2010, respectivamente. Este fato caracteriza um erro material não passível de declaração da nulidade da Decisão, mas de reforma, se for o caso, o que será analisado a seguir.

Do exame das razões apresentadas no Recurso Voluntário, destaco que inexistiu enfrentamento do mérito da exigência fiscal, tendo o recorrente inclusive reconhecido todos os valores exigidos, exceto os itens 1 e 2 do demonstrativo de débito.

A controvérsia se resume, portanto, às parcelas lançados no mês de fevereiro e setembro de 2005 que o contribuinte argui, desde a inicial, a decadência do direito de constituir o crédito tributário, em razão de haver sido extrapolado o prazo de cinco anos para que o sujeito ativo o constituísse, tal como previsto no artigo 150, §4º do CTN, entretanto, observo que o artigo 173, inciso I, também do CTN, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado enquanto o artigo 150, § 4º prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, o prazo é de cinco anos.

Mantenho o entendimento já reiterado por parte deste Conselho de Fazenda, previsto 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.”

Assim, os fatos geradores ocorridos em fevereiro e setembro de 2005 só seriam atingidos pela decadência caso o lançamento fosse efetuado a partir de 2011. Como o Auto de Infração epígrafeado foi lavrado em 23/08/2010, e o lançamento poderia ter sido efetuado até 01/01/2011, entendo que não ocorreu à decadência suscitada, daí porque não acolho a preliminar.

No que se refere à redução da multa, por descumprimento de obrigação acessória, exigida pela falta de escrituração de entradas de mercadorias, esta também não deve ser acatada uma vez que deixou de ser comprovado pelo menos um dos requisitos previsto no art. 42§ 7º da Lei nº 7.014/96 para tal redução, qual seja, que a infração cometida não implicou em falta de recolhimento do imposto. Isso porque o Fisco poderia ao invés de cobrar multa por descumprimento de obrigação

acessória poderia ter lançado o imposto por presunção, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Diante do acima exposto, deixo de acatar as alegações recursais e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Peço vênia à ilustre Relatora para discordar da sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência do lançamento tributário oriundo do fato gerador anterior a 23/08/2005.

Há que se destacar que a matéria, em outros PAF's, motivou uma série de diligências dirigidas à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência de operações de circulação de mercadorias cujo prazo decadencial, contados a partir do fato gerador, teria sido ultrapassado, tudo à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 23/08/2005, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 23/08/2005, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na medida em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER parcialmente a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 23/08/2005, qual seja, apenas a operação destacada no item 1 da infração 1 do Auto de Infração em apreço. Ressalte-se que o item 2 da mesma infração, referente ao mês de setembro de 2005, por tudo o quanto exposto, não foi alcançado pela decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279115.0001/10-9**, lavrado contra **MARISA LOJAS S/A. (MARISA & FAMÍLIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$70.863,15**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA RUIZ – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS