

PROCESSO - A. I. Nº- 281390.0010/11-1
RECORRENTE - T & A CONSTRUÇÃO PRÉ-FABRICADA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0074-02/13
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 14.11.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0431-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Preliminar de nulidade arguida pelo autuado, com alegação de decadência de parte dos lançamentos não acolhida. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração não contestada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Afastada a decadência suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário em relação à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, o qual exige crédito tributário no valor de R\$181.466,00 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, adquiridas da empresa do Simples Nacional, Sabor Saúde Comércio de Alimentos Ltda, de julho de 2007 a dezembro de 2009 no valor de R\$180.373,87 acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias destinadas à comercialização, no mês de abril de 2009, no valor de R\$255,22;

INFRAÇÃO 3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de dezembro de 2008, fevereiro e abril de 2009, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada totalizando R\$836,91.

Na defesa às fls. 32/39, apresenta tempestivamente impugnação. Diz que considerando que só foi intimado da lavratura do Auto de Infração no dia 04/10/12, restam extintos pela decadência, os lançamentos relativos às competências de julho a setembro de 2007, da Infração 1.

Informa com relação aos demais débitos da infração 1, sejam, os lançamentos referentes aos meses de outubro/2007 a dezembro/2009 os quais não foram extintos pela decadência, bem como a totalidade das infrações 2 e 3, todos foram objetos de parcelamento, conforme comprovante do pagamento da primeira parcela, em anexo (Doc. 02).

A Decisão contém o seguinte relato:

“No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de três infrações. (I) deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários; (II) multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias destinadas à comercialização e (III) deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Vejo que o PAF contém as formalidades do art. 39 do RPAF, não havendo violação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

O sujeito passivo reconheceu e requereu parcelamento fls. 77/78, dos valores lançados atinentes às infrações 02, 03, e de parte da infração 01, se insurgindo parcialmente em relação a esta última, portanto considero desde já subsistentes os itens reconhecidos, e passo a examinar aquele que foi parcialmente objeto de contestação.

Compulsando os autos, observo que o autuado só contesta objetivamente parte da infração 01, referente aos meses de julho, agosto e setembro de 2007, arguindo nulidade destes lançamentos sob o argumento de que estariam fulminados pela decadência.

Cabe-me, portanto, apreciar a arguição defensiva de que o direito de a Fazenda Pública em constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera 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.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2007, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2008 com termo final em 31/12/2012.

Assim, como o contribuinte tomou ciência do auto de infração em 04 de outubro de 2012, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante. Logo, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.”

E emite julgamento pela Procedência do Auto de Infração.

Apresentado Recurso Voluntário, com o mesmo balizamento da defesa inicial onde o recorrente insurge-se somente com relação a parte da infração 1, sejam, os períodos mensais de julho, agosto e setembro de 2007, alegando ter-se dado a decadência do direito do fisco em cobrar esses créditos fiscais.

Com relação a esses lançamentos, o recorrente aduz ter havido a extinção do crédito haja vista o decurso do quinquênio previsto no art. 150, §4º do CTN, o qual determina que se tratando de tributo sujeito a auto-lançamento, o prazo para o fisco se pronunciar a respeito da apuração realizada pelo contribuinte, tem seu termo no prazo de 5 anos contados da ocorrência do fato gerador. Decorrido tal prazo sem que a autoridade administrativa se manifeste acerca do imposto, ocorre a decadência e a extinção do referido crédito tributário.

Acerca desse tema, cita e transcreve doutrina dos eméritos Roque Antônio Carraza, Sacha Calmon Navarro Coelho e Pinheiro Xavier, bem como a reprodução de julgados do STJ.

Destaca não caber a aplicação da forma de contagem da decadência, contida no art. 107-B, § 5º do Código Tributário do Estado da Bahia, uma vez que esta referida lei ordinária postergou o início do prazo contido no art. 150 § 4º do CTN, ampliando-o indiretamente.

Opinativo da lavra da i. Procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, quanto à decadência expressa entendimento da Chefia da PGE, no sentido da não aplicação ao caso vertente, do fundamento do STF Sumula nº 08, podendo a lei estadual dispor sobre prazo decadencial relativamente aos seus tributos. Assim a legislação baiana fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve ser iniciado o prazo decadencial. E transcreve citados art. 107-B § 5º, do COTEB.

Realça a i. Procuradora estar-se tratando da espécie falta de recolhimento do ICMS diferido, o que desloca o prazo da contagem decadencial para o art. 173, I do CTN, o qual coincide com o citado 107-B do COTEB.

Cita palavras do emérito Prof. Paulo de Barros Carvalho “..cabe a lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, será ele de cinco anos, a partir do acontecimento factual..”.

Aduz que a Jurisprudência dos Tribunais Superiores também contempla esse entendimento, e a respeito transcreve parcialmente Ementa.

Considerando que a autuação e a intimação ocorreram em 2012, relativamente a fatos de 2007, não há que se falar em decadência, pelo que emite parecer pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

No presente PAF destaca-se às fls. 77/78 relatório do SIGAT/SICRED com parcelamento da quase totalidade da infração, parte que foi reconhecida pelo recorrente.

De sorte que as infrações 2 e 3, compreendidas no referido parcelamento, são procedentes, bem como procedentes são os lançamentos acusados na infração 1, referentes aos períodos de outubro/2007 a dezembro/2009.

Insurge-se o recorrente tão somente com relação às acusações das infrações relativas aos meses de julho, agosto e setembro de 2007, aludindo que se encontravam decaídas à época da ciência da lavratura do Auto de Infração em comento.

Quanto à preliminar de decadência, entendo não assistir razão ao recorrente, uma vez que não houve o pagamento antecipado previsto no art. 150, §4º, do CTN, devendo ser aplicada a data da ocorrência do fato gerador da contagem do prazo decadencial, a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

Veja-se que, segundo o entendimento pacificado no STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 973733/SC, deve ser aplicado o aludido art. 150, §4º, do CTN aos casos em que há recolhimento antecipado do imposto sujeito ao lançamento por homologação, como é o ICMS:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

[...]

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

[...]

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Conforme determinado na Constituição Federal (art. 146, III, "b"), a decadência do crédito tributário é matéria reservada à lei complementar. Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é o CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, a este respeito, leciona Leandro Paulsen.

É de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN. Do contrário, conforme aqui se apresenta, não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN, o qual se aplica a estes autos.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281390.0010/11-1**, lavrado contra **T & A CONSTRUÇÃO PRÉ-FABRICADA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$180.373,87**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "f", inciso II do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de 60% no valor de **R\$255,22** e da multa por descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$836,91** previstas, respectivamente, nos incisos II, "d" e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS