

PROCESSO - A. I. Nº 178439.0009/13-0
RECORRENTE - DELMA DA PENHA SOSSAI MAGNAGO (CONSTRUSOL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0276-02/13
ORIGEM - INFAS JEQUIÉ
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0092-12/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Defesa não comprovou recolhimento. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infrações subsistentes. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou integralmente Procedente o Auto de Infração para exigir ICMS no montante de R\$19.289,31, acrescido das multas de 50 e 75%, prevista no art. 42, I, “b” item “1”, da Lei nº 7.014/96, e art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 28/06/2013 decorre de quatro infrações, todas objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

Infração 01 – Recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação. Valor autuado R\$8.920,35.

Infração 02 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor autuado R\$2.455,90.

Infração 03 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor autuado R\$736,02.

Infração 04 – Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo. Valor autuado R\$7.177,04.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transscrito, que é totalmente procedente a autuação:

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de constitucionalidade à cobrança e a multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

A alegação defensiva de somente profissionais habilitados nos Conselhos Regionais de Contabilidade – CRC poderiam realizar auditoria tributária, não pode ser acolhida, por total falta de previsão legal. Saliento que de acordo com o art. 107, §§ 1º e 2º do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 9.837/05), e art. 42 do RPAF-BA, a fiscalização e a lavratura de autos de infração são funções de competência dos prepostos fiscais, cargo exercido pelo autuante, encontrando-se no PAF a sua completa identificação, inclusive o número de seu cadastro funcional. Portanto, a lavratura de Auto de Infração é da competência dos funcionários fiscais.

Com relação a arguição de prescrição, a mesma não pode ocorrer nessa fase processual, uma vez que tal prazo somente começa a correr após a constituição do crédito tributário.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de isenção ou redução das multas e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Quanto a insinuação de erro na base de cálculo, cabe registrar que a defesa não apontou nenhuma falha de forma objetiva, apenas fez comentário genérico. Cabe destacar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Como não houve mais nenhuma alegação defensiva, entendo que as infrações restaram caracterizadas. Ademais, como bem destacado na informação fiscal, o Auto de Infração encontra-se robustamente lastreado em Notas Fiscais, informações lançadas pelo próprio contribuinte em seus livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, bem como, nas informações constantes nos Sistemas corporativos da SEFAZ, devidamente compilados nos Demonstrativos acostados ao Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 321 a 324.

De plano, infere erros formais e materiais no bojo do lançamento fiscal que uma vez mantidos, no seu entender, atentam contra diretos que lhe são garantidos pela Constituição Federal e pelo CTN, combinado com o Código Civil brasileiro.

Aduz que o Auto de Infração é uma “aberração administrativa” que também afronta as normas dispostas no Decreto n. 70.235/72, especificamente o art. 59 que dispõe sobre as possibilidades de nulidade do lançamento, no âmbito do Regulamento do Processo administrativo fiscal federal.

Afirma que a Decisão recorrida não enfrentou a matéria exposta na sua impugnação quando consignou que o CONSEF não tem competência para analisar matéria de ordem constitucional.

Assevera que o Auto de Infração carrega erros grosseiros, denunciados em sede de defesa, e que tais argumentos sequer foram analisados pelos julgadores de piso.

Entende que jamais poderia ter sido lavrado Auto de Infração contra si, em razão dos vícios formal e material que diz existir. Nessa esteira, afirma que se mantida a autuação, estar-se-ia “*voltando ao regime totalitário*”.

Diz do poder/dever que tem a Administração de rever seus atos, aduzindo que “... *jamais a administração poderá beneficiar-se do princípio da auto-tutela, para açodadamente prejudicar o administrado, como ‘in casu’*”.

Dizendo tratar do mérito, diz que é “... *desnecessário trazer a baila inovações, pois, o recorrente com a negativa de perícia fiscal teve seu direito de defesa cerceado, pois, só uma perícia como a requerida iria trazer aos autos a verdade real apresentada pelo recorrente, bem distante do quanto apresentado numa autuação sem precedentes*”.

Ao cabo do seu arrazoado, requer a reforma da Decisão recorrida, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido em decorrência da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Cinge-se o Recurso Voluntário às infrações do Auto, e que acusam o Sujeito Passivo de haver procedido ao recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, na condição de optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação; de haver deixado de recolher o ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de optante do Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; de haver recolhido a menos ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; e de haver omitido, sem dolo, receita apurada através de levantamento fiscal.

A tese recursal cinge-se unicamente à discussão de eventuais erros de caráter formal e material que inquinariam o lançamento de nulidade, também aduzindo que parte do lançamento estaria alcançado pela decadência.

Tratando da preliminar, prejudicial de mérito que envolve a decadência de parte das ocorrências anteriores ao momento em que o recorrente tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração, 05/07/2013, entendo que deve ser trazida à baila discussão sobre a matéria ainda não pacificada neste Conselho de Fazenda. Nesse sentido, tal discussão remete à diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência das operações anteriores a data acima especificada, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

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 8 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 8 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 8 (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 8, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prespcionais 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 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações anteriores a 28/06/2008, integrantes das infrações 1, 2 e 4, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Também vencido quanto à decadência de parte do lançamento, avanço sobre as nulidades suscitadas pelo recorrente, o que aliás, é a inteireza da sua insurgência.

Da compulsão dos autos, vejo que não há como acolher a tese recursal. De uma porque a peça recursal carece de objetividade, de duas porque mesmo que se tome como nulidades aquelas suscitadas em sede de defesa, vê-se que melhor sorte não tem o recorrente, haja vista que a matéria foi exaustivamente tratada pelos julgadores de primeiro grau que abordaram item a item os pontos trazidos na peça de impugnação.

Nessa toada, verificando que a quo recorrente sequer menciona matéria de mérito, e afastadas as nulidades que, *in fine*, teriam fundamento no art. 39 do RPAF/Ba, verifico que não há nos autos qualquer indicativo da possibilidade de se aplicar a norma expressa no art. 18 do mesmo diploma legal.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo incólume a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Divirjo, com a devida *venia*, do entendimento firmado pelo nobre Relator com relação a declaração de decadência do direito de constituir o crédito tributário, relativamente às operações ocorridas anteriormente a 28/06/2008, relativas às infrações 1, 2 e 4, pois observo que o artigo 173, inciso I, 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 anteriormente a 28/06/2008 só seriam atingidos pela decadência caso o lançamento fosse efetuado a partir de 2014. Como o Auto de Infração epigrafado foi lavrado em 28/06/2013, podendo o lançamento ter sido efetuado até 01/01/2014, não ocorreu à decadência, daí porque não acolho a preliminar de decadência suscitada pelo nobre Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 178439.0009/13-0, lavrado contra **DELMA DA PENHA SOSSAI MAGNAGO (CONSTRUSOL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.289,31**, acrescido das multas de 50% sobre R\$12.112,27 e de 75% sobre R\$7.177,04, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item “1”, da Lei nº 7.014/96 e art. 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, alterada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos com o parcelamento.

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

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS