

A. I. Nº - 278999.0011/13-2
AUTUADO - RG COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.01.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-01/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. 3. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações caracterizadas. O contribuinte não apresentou documentos capazes de elidir as acusações tributárias. Preliminar de decadência não acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/06/2013, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$69.725,40, com as seguintes imputações:

Infração 1 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor exigido: R\$59.966,52. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no artigo 42, inciso VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96;

Infração 2 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor exigido: R\$9.618,88. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no artigo 42, inciso II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96;

Infração 3 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas por meio da DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$140,00, prevista no artigo 42, inciso XVIII, letra “c”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado protocolou defesa (fls. 425 a 433), suscitando, preliminarmente, a decadência de valores incluídos na acusação fiscal, relativos ao período anterior a julho de 2008, considerando que “a data inicial da fiscalização no visto saneador” se deu em 09/07/2013 e, portanto, deve ser aplicado o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que prevê que o prazo para a homologação tácita ocorre em cinco anos a partir da data do fato gerador.

Alega, no mérito, que a infração 1 é improcedente, já que o uso dos créditos fiscais foi regular, “*haja vista que não há a integração definitiva do ativo permanente da autuada dos vasilhames*” e, portanto, segundo a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei nº 7.014/96, deve-se compensar em cada operação os créditos referentes ao imposto cobrado nas operações anteriores. Reproduziu a legislação a respeito.

Afirma que as multas são confiscatórias devido ao seu elevado patamar, conforme as decisões judiciais que transcreveu.

Quanto à infração 2, aduz que “*foram recolhidas todas as diferenças de ICMS referente (sic) a alíquotas internas e interestaduais quando da aquisição de mercadorias de outros Estados*”.

Concernente à infração 3, afirma que “*não houve declaração incorreta sobre os dados econômico-fiscais*”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 452 a 458), refuta a alegação de decadência, afirmando que o lançamento foi efetuado com fulcro no artigo 965, inciso I, do RICMS/97, que prevê que o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nessa linha de raciocínio, conclui que o exercício de 2008 somente decairia em 01/01/14, enquanto que o auto de infração foi registrado em 08/07/13.

No que tange à infração 1, reafirma que os créditos fiscais foram utilizados irregularmente, haja vista que se referem a *“mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento (Vasilhames - Garrações retornáveis), estando sujeito (sic) às formalidades legais do Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP”*.

Quanto à alegação de confiscatoriedade das penalidades, ressalta que se baseou estritamente na legislação regente, cabendo às autoridades competentes, se assim o desejarem, a representação ao Secretário da Fazenda para a sua modificação.

Pertinente às infrações 2 e 3, diz que o contribuinte se limitou a negar o seu cometimento, não anexando nenhum documento para comprovar as suas alegações.

O autuado foi novamente intimado, dessa vez para apresentar a sua impugnação em mídia digital, cumprindo a determinação às fls. 486 a 507 dos autos.

VOTO

O autuado suscitou, preliminarmente, a decadência dos débitos anteriores ao mês de julho de 2008, considerando que *“a data inicial da fiscalização no visto saneador”* se deu em 09/07/13 e, portanto, deve ser aplicado o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que prevê que o prazo para a homologação tácita ocorre em cinco anos a partir da data do fato gerador.

O autuante, por outro lado, se baseou no artigo 965, inciso I, do RICMS/97, que prevê que o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a norma regulamentar acima referida encontrava guarida, à época da autuação (28/06/13), no artigo 107-A e no § 5º do artigo 107-B, do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, dispositivos que foram revogados, em 28/11/14, pela Lei nº 13.199/14.

Então, indaga-se qual a norma legal a ser aplicada ao caso concreto, uma vez que os dispositivos da legislação estadual que previam prazo de homologação foram revogados, posteriormente à lavratura do auto de infração, porém, antes de seu julgamento por este CONSEF.

A esse respeito, merece destaque um excerto do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes, nos Acórdãos CJF nº 0324-12/15 e 0327-12/15, em situação análoga à que ora se analisa:

“Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “a quo”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, “in verbis”.

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. 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.

Quanto à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei nº 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que decadência é instituto de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais

se incluem os fatos geradores do ICMS ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, publicado no DJU de 10/11/2003).

A PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento equivalente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência."

Pela leitura do voto, depreende-se que a posição adotada na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com fundamento em parecer da Procuradoria Geral do Estado, foi no sentido de que, como a decadência é instituto de direito material e a lei revogadora não contém dispositivo que prevê a sua retroação, deve ser utilizada a legislação vigente ao tempo dos fatos geradores do tributo (os exercícios de 2008 a 2011, na situação em análise).

Em face desse posicionamento, tenho que, à época dos fatos geradores, havia norma legal prevendo que a contagem do prazo decadencial deveria ser iniciada no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado (artigo 107-A e no § 5º do artigo 107-B, do Código Tributário Estadual - COTEB), o que situa o termo final no dia 31/12/13 para o exercício mais antigo (2008).

Como o lançamento de ofício foi lavrado em 28/06/13, não havia ocorrido a decadência do direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário.

Pelo exposto, deixo de acatar a preliminar de decadência e passo ao exame do mérito do lançamento de ofício.

Na infração 1 o ICMS foi exigido em face da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

O contribuinte alegou que o uso dos créditos fiscais foi regular, "haja vista que não há a integração definitiva do ativo permanente da autuada dos vasilhames" e, portanto, segundo a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei nº 7.014/96, deve-se compensar em cada operação os créditos referentes ao imposto cobrado nas operações anteriores.

Todavia, o autuado não trouxe aos autos nenhum documento capaz de comprovar que não se trata de mercadorias destinadas ao seu ativo fixo. Consequentemente, não é admissível a

utilização de créditos fiscais oriundos das entradas da forma como foi feita, conforme listado nos demonstrativos de fls. 11 a 13 dos autos.

Quanto às infrações 2 e 3, o autuado limitou-se a negar o cometimento dos ilícitos apontados, não anexando ao processo administrativo fiscal nenhum documento que pudesse demonstrar que o recolhimento do tributo foi feito da forma correta e que não houve inserção de dados incorretos na DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS). Deve ser aplicada, assim, a regra do artigo 143 do RPAF/99 que estabelece que “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Quanto ao argumento contido na impugnação, de que a multa de 60% é confiscatória, não pode ser acatado, haja vista que a penalidade se encontra prevista no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, de aplicação obrigatória por este órgão julgador, nos termos do artigo 167, inciso III, do RPAF/99, a seguir transcrito:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Saliente-se que o autuado não contestou os valores indicados no lançamento de ofício.

Pelas razões acima alinhadas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278999.0011/13-2**, lavrado contra **RG COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.585,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “c”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de sessões do CONSEF, 05 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR