



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

Secretaria de Estado da Tributação
FL. 101
Mat. 76925-2
Rúbrica
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE
28, 04, 2016

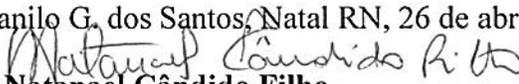
PROCESSO Nº 288672/2011-2
PAT Nº 1234/2011-6ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE CARBONARA RESTAURANTE LTDA. - ME
RECORRIDA SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO - SET
RELATORA CONSELHEIRO: ROBERTO ELIAS DA CÂMARA MOURA

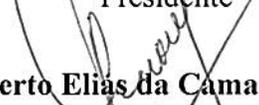
ACÓRDÃO Nº 070/2016-CRF

EMENTA: ICMS. ACOLHIMENTO PARCIAL DE PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. ART. 150, § 4º CTN. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. PROVAS. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E TIPCIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1. Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo antecipação de pagamento, o direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento de ofício extingue-se no prazo de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Dicção do Art. 150, § 4º do CTN. Crédito tributário alcançado parcialmente pela decadência. 2. O autuante não trouxe aos autos provas para corroborar a denúncia de falta de escrituração. 3. A descrição da infração não guarda relação com os fatos ocorridos. Erro de fato. Da releitura dos enunciados probatórios, verifica-se uma nova situação jurídica, diferente daquela descrita pelo fato jurídico. Provas se referem a outro fato jurídico. 4. Entre os princípios do direito tributário estão os da estrita legalidade e tipicidade tributária, determinando que a obrigação tributária tem nascimento tão somente se verificado o fato descrito conotativamente no antecedente da regra-matriz de incidência. Arts. 44, 77 e 78 do Regulamento do PAT. 5. Recurso voluntário conhecido e provido. Reforma da decisão singular. Auto de infração improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, em consonância com o parecer oral da representante da Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e dar provimento ao recurso voluntário, reformando a Decisão Singular, julgando o auto de infração IMPROCEDENTE.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 26 de abril de 2016.


Natanael Cândido Filho
Presidente


Roberto Elias da Camara Moura
Relator


Vaneska Caldas Galvão
Procuradora



RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão singular, fls. 56 a 57, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 1234/2011- 6ª URT – Mossoró.

Contra a **RECORRENTE** acima qualificada foi lavrado o referido Auto de Infração em cumprimento a Ordem de Serviço nº 4472, denunciando que o contribuinte “deixou de recolher, dentro dos prazos regulamentares, o imposto devido estabelecido no art. 2º, no período de 1º/01/2006 a 06/2007, tendo como infringido o art. 150, inciso XIII, c/c os arts. 609 e 614, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, doravante qualificado como RICMS, com penalidade prevista do art. 340, inciso III, alínea “f”, gerando um débito fiscal de ICMS R\$ 31.145,36 e Multa de R\$ 27.481,20, totalizando R\$ 58.626,56, em valores originais.

Os autos ANEXO à inicial, contem: Ordem de Serviço nº 4472 – 6ªURT, de 20 de outubro de 2011, documentos relativos a informações do contribuinte e resumo da ocorrência fiscal, demonstrativo de valores, relatório circunstanciado, entre outros documentos.

Devidamente intimada por várias formas não apresentou defesa, sendo lavrado TERMO DE REVELIA às fls.45.

Nos autos constam, ainda, Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais asseverando que a Recorrida não é reincidente (fls. 54).

A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA Nº 048/2012- 6ª URT, prolatada em 11 de julho de 2012, em síntese diz que a autuada devidamente notificado da autuação não comprovou o recolhimento devido e nem apresentou impugnação ao feito fiscal, respaldando a multa proposta nos autos, julgando o auto de infração procedente.

Novamente intimada, através dos sócios, apresentou RECURSO VOLUNTÁRIO, interposto em 25 de setembro de 2012, contra a decisão da 6ª URT, com preliminar de nulidade por não ter sido cientificada, sequer, do início da ação fiscal, e que houve nítido cerceamento de defesa, sendo a autuação alicerçada apenas em relatórios e suposições, requerendo a anulação do auto de infração.

Alega ainda que o crédito tributário relativo ao exercício de 2006 foi fulminado pela decadência, requerendo desde já que este egrégio Conselho assim o declare.

Alega que a penalidade proposta pelo autuante do art. 340, III, f referente a deixar de escriturar documentos fiscais em livro próprio e perguntando que documento fiscal a recorrente deixou de escriturar.

Assevera que não merece prosperar a autuação posto que eivada de vício grave na constituição do suposto crédito tributário.

Cita o art. 40, § 4º do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998, para fundamentar seu pedido de nulidade do auto de infração por não constar a assinatura do autuado.

O DESPACHO da ilustre Procuradora da Douta Procuradoria Geral do Estado é no sentido de informar que exercerá prerrogativa do art. 3º da Lei Estadual nº 4.136/72 qual seja, oferecimento de parecer oral quando da Sessão de Julgamento no E. CRF.

É o que importa relatar.

VOTO

De início, temos que o Recurso voluntário atende os pressupostos legais de admissibilidade previstos na legislação.

De início, o recorrente alega que o crédito tributário referente ao exercício de 2006 do auto de infração foi alcançado pela decadência do art. 150, § 4º do CTN.

Por decadência, entende-se a perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário, pelo lançamento, conforme previsto no CTN:

"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

(...)

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

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 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.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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.”

Percebe-se, portanto, que o prazo decadencial é único, ou seja, de cinco anos e o tempo final é um só, o da data da notificação regular do lançamento, porém a data a partir da qual flui a decadência é variável, como se observa abaixo:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, item I);

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal o lançamento anteriormente efetuado (CTN, art. 173, item II);

III - da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento (CTN, art. 173, parágrafo único);

IV - da data da ocorrência do fato gerador, nos tributos cujo lançamento normalmente é por homologação (CTN, art. 150, § 4º);

V - da data em que o fato se tornou acessível para o fisco, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando o lançamento normal do tributo é por homologação (CTN, art. 149, inciso VII e art. 150, § 4º).

No tocante a necessidade de antecipação de pagamento, para que possa ou não haver homologação tácita, o STJ pacificou a matéria através do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

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

inocorre, 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).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

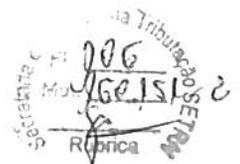
3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, 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).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Portanto, o STJ em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC definiu que "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 imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação” (Recurso Especial nº 973.733).

Dessa forma, com o advento da decisão acima referida, tem-se que nos casos em que não houve antecipação de pagamento deve-se aplicar a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, contar-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nos casos em que há recolhimento, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo inicia-se na data do fato gerador.

No caso, em exame onde se comprova que nos períodos fiscalizados houve recolhimento antecipado do ICMS, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN.

O auto de infração apurou procedimento fiscal no período de 01/2006 a 06/2007, conforme denúncia contida nos autos na inicial

Em assim sendo, conforme recolhimentos anexos aos autos, assiste razão a Recorrente quanto ao reconhecimento da decadência ao exercício de 2006, conforme demonstrativo da ocorrência fl. 23, levando em conta que a constituição do crédito tributário foi em data de 29/12/2011, no Diário Oficial do Estado, conforme cópia de fl. 49.

Acolho parcialmente a preliminar referente ao exercício de 2006.

Em relação ao mérito, o recorrente alega que cabe ao Fisco dizer claramente qual documento fiscal deixou de ser emitido ou o que deixou de ser escriturado nos livros fiscais, ou ainda qual livro deixou de ser escriturado.

Analisando a denúncia contida nos autos, este egrégio conselho, já teve a oportunidade de enfrentar a situação fática similar descrita nos autos, conforme voto da relatora Lucimar Bezerra Dubeux Dantas, relativo ao acórdão nº 060/2016-CRF, nos seguintes termos: que “a autuada deixou de recolher o imposto devido, estabelecido no artigo 2º, I, do RICMS, originado pela insuficiência de escrituração das operações de saída de mercadorias tributadas, constatada através da conciliação dos valores de saída declaradas pela autuada ao fisco com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, determinado no art. 344, IV, “a”, do RICMS, relativo às operações de venda realizadas pela autuada na modalidade crédito ou débito, definida na sistemática do art. 830-AAAA”, tendo como infringido a obrigação de falta de escrituração e a penalidade aplicada foi de deixar de escriturar no livro fiscal próprio, documentos fiscais, dentro dos prazos regulamentares, contudo não vislumbro nos autos provas incontestes do cometimento de falta de escrituração, vez que pra se tal se faz necessário citar e demonstrar quais documentos deixaram de ser

Neel

escriturados, motivo pelo qual julgo essa ocorrência improcedente.”

O RPAT é esclarecedor:

Art. 44. O Auto de Infração deve conter:

I - data (dia, mês e ano), hora e local da lavratura;

II - nome, qualificação e domicílio do autuado;

III - nome, endereço e inscrição do estabelecimento;

IV - descrição clara e precisa da ocorrência que caracteriza a infração; (g.n.)

Neste cenário a denúncia contida nos autos, pelo princípio da legalidade e tipicidade, também pelos critérios de segurança em que devem pautar as relações jurídicas, o lançamento tributário não pode estar lastreado em suposição, havendo necessidade da prova irretorquível da existência do fato gerador, motivo pelo qual diverjo do entendimento da decisão singular, para julgar esta denúncia improcedente.

Neste contexto, fundamentado no exposto, e no entendimento deste egrégio Conselho, bem como dos elementos anexos aos autos, dou provimento ao recurso voluntário para reformar a decisão singular, em julgar o auto de infração improcedente.

Do exposto, relatados e discutidos estes autos, VOTO, em harmonia com o parecer oral da ilustre representante da dought procuradoria geral do estado, em conhecer do recurso voluntário e lhe dar provimento, reformando a Decisão Singular, julgando o auto de infração Improcedente

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal, 26 de Abril de 2016

Roberto Elias da Camara Moura
Relator

