GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	141/2011
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.057
PROCESSO Nº:	2011/6040/500213
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2011/000074
SUJEITO PASSIVO:	PALAZZO RESTAURANTE LTDA. ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.069.515-5
REQUERENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APÓS TRANSCORRIDOS MAIS DE CINCO ANOS DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DO FATO GERADOR – Extingue-se pela decadência o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto por Palazzo Restaurante Ltda. com fundamento no item 4, da alínea "d", do inciso III, do art. 26 e no inciso I, do art. 50, ambos, da Lei 1.288/2001, em face da sentença, de páginas 161 a 164, que julgou procedente em parte a exigência tributária formalizada por meio do auto de infração nº 2011/000074.

Contra a recorrente foi lavrado, em 26/01/2011, o precitado auto de infração, de páginas 2 a 4, para constituição, a favor da Fazenda Pública Estadual, do crédito tributário no valor de R$ 99.061,09, composto pelos valores de R$ 18.758,58, R$ 33.913,39, R$ 28.514,37 e R$ 17.874,75, correspondentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, respectivamente.

A peça fiscal noticia que o contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo às saídas de mercadorias tributadas (alimentação) emitidas em nota fiscal de prestação de serviço.

Trata-se de repetição de procedimento de auditoria, em atendimento ao despacho nº 221/2009, de presidente do CAT, de páginas 48, conforme acórdão nº 880/08, do Conselho de Contribuinte e Recursos Fiscais, COCRE.

A exigência fiscal se encontra amparada no inciso II, do art. 20, no art. 41 e nos incisos I, II e III, do art. 44, todos da Lei 1.287/2001.

A notificação do lançamento foi efetuada, em 04/02/2011, por via postal, mediante aviso de recebimento, AR, de páginas 135, nos termos do inciso I, do art. 22, da Lei 1.288/2001.

No prazo assinalado, a autuada, com fundamento no art. 45, e no item 2, da alínea "d", do inciso III, do art. 26, ambos, da Lei 1.288/2001, apresenta impugnação subscrita por representante legal habilitado nos autos conforme páginas 136 a 144.

Inicialmente, invoca a ocorrência da decadência dos exercícios de 2002 a 2005, respectivamente, em 01/01/2008 a 01/01/2011, nos termos do inciso I, do art. 173, do CTN.

Alega ainda que a lavratura do auto de infração representa um excesso de exação "*com aplicação à autuante o exposto no parágrafo único do artigo 316, do Código Penal com o encaminhamento dos autos à autoridade superior, Corregedoria da Secretaria da Fazenda e Ministério Público Estadual.*"

Acrescenta que o sujeito passivo atua no ramo de fornecimento de alimentos preparados, comércio varejista de bebidas, serviços de Buffet e decoração, incluindo aluguel de materiais, equipamentos e espaço, bem como de eventos preparados com produtos isentos, sem incidência de ICMS e ainda sujeitos à substituição tributária.

Com isso, questiona o que seria objeto de incidência de ISS e ICMS, visto tratar de um só valor lançado ao final do serviço?

Finalmente, pede o reconhecimento da decadência, e caso não seja admitida, requer a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa e o encaminhamento dos autos à autoridade superior, Corregedoria da Secretaria da Fazenda e Ministério Público Estadual para as medidas de mister, mas não sendo esse o entendimento que seja julgado improcedente o presente auto de infração.

Sobreveio a decisão de primeira instância. A julgadora monocrática, por meio da sentença, de páginas 161 a 164, julgou procedente em parte o presente auto de infração, e condenou o sujeito passivo ao pagamento parcial da imposição tributária, recorrendo de ofício de sua decisão, nos termos da legislação aplicável.

A sentenciante fundamentou sua decisão ressaltando que a presente autuação é resultado de outro auto de infração, julgado nulo pelo COCRE, conforme acórdão 880/2008, com isso afastou a tese de decadência argüida pela contestante.

Justificou que a autuante relacionou somente as notas fiscais com fornecimento de alimentação e bebidas, excluindo os valores relativos aos demais serviços prestados faturados no mesmo documento fiscal.

Salientou também que no decorrer do exercício de 2004 a autuada se encontrava enquadrada no regime especial de microempresa, porém o seu faturamento alcançou o faturamento de empresa de pequeno porte, o que implicou a modificação da base de cálculo e dos valores originais, com aplicação da alíquota de 3%.

Contra essa decisão, foi interposto, dentro do prazo legal, recurso voluntário, com a alegação de que a julgadora singular entendeu que a presente autuação é resultante de outro auto de infração julgado nulo, mas que os contextos, as tipificações e as penalidades são diferentes e que o contribuinte não pode ficar a mercê de erros da administração, por isso o presente auto de infração deve ser julgado decadente.

Afirma ainda que a sentenciante fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

> ... nem todas as notas fiscais foram relacionadas, (...) assim se depreende que das notas fiscais de serviços (...) foram incluídos somente os valores destacados com o fornecimento de alimentação e bebidas, sendo excluídos os valores relativos aos demais serviços prestados e faturados no mesmo documento fiscal" (...) e ... nas notas fiscais de refeição não há como separar alimentos e bebidas" porque "... a empresa ora recorrente atua no ramo de serviços de Buffet, sujeito ao imposto municipal".
>
> Que a recorrente contraria o inciso I, do artigo 45, da Lei 1.288/2001, ao não especificar as notas fiscais relacionadas pela autora do procedimento que não se referem a refeições.

Reprisa os argumentos da inicial relativamente à impossibilidade de separação na nota fiscais de alimentos e bebidas, e que a lavratura do auto de infração representa além de cerceamento do direito de defesa, excesso de exação ou de poder de tributar, com aplicação à autuante do exposto no art. 316, § 1º do Código Penal e o envio dos autos às autoridades superiores.

Sustenta ainda que os equívocos da autuante tornam o auto de infração nulo, e que a sentença singular também é nula por não afastar os argumentos da impugnação quanto ao fato da ora recorrente ser contribuinte do ISS quando presta serviços de Buffet.

Destaca o art. 1º da Lei Complementar 116/2003, que diz:

> Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
> .....

Já a lista anexa traz no item 17.11 que incide ISSQN

17.11 – Organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS).

Ao final requer:

1. O recebimento do presente recurso;

2. Reconhecimento da decadência;

3. Caso esta não seja admitida, que seja declarada a nulidade por cerceamento ao direito de defesa e o encaminhamento dos autos à autoridade superior, à Corregedoria da Secretaria da Fazenda e ao Ministério Público Estadual para as medidas de mister;

4. Sendo afastados os argumentos anteriores, requer a nulidade da sentença por reiterados pontos da impugnação não terem sido considerados ou rechaçados;

5. Decidindo pelo julgamento do mérito, requer a improcedência do auto de infração;

6. Por fim, afastados todos pedidos anteriores, o que se admite somente por hipótese, requer a manutenção da sentença na parte absolutória com redução da base de cálculo e alteração da alíquota em todos os contextos, na forma legal.

VOTO

Em análise aos autos, que exige ICMS referente a saída de mercadorias tributadas emitidas em nota fiscal de prestação de serviços e não registradas em livro próprio, relativo aos exercícios de 2002 a 2005.

Tem-se como fundamento para a lavratura do presente auto de infração ser o mesmo originário do auto de infração nº 2007/005096, que foi julgado nulo por vício formal, em 02 de dezembro de 2008, conforme acórdão 880/2008.

Porém, há que se destacar que ao refazer o auto de infração houve diversas alterações em relação ao original, entre as alterações estão o dispositivo legal infringido, o valor da base de cálculo e o valor originário, portanto não há como se falar em auto de infração refeito em função da nulidade causada por vício formal, mas sim o que houve foi a lavratura de um novo auto de infração, portanto não há como se aplicar ao caso o art. 173, inciso II, da Lei 5.172/1966, que trata da interrupção da contagem decadencial quando o auto de infração é anulado por vício formal.

Também há que se entender que vício formal é o ato administrativo que não apresente vício em seu conteúdo decorrente da aplicação distorcida do direito material, mas tão somente defeito no procedimento administrativo que o formou.

Desta forma entendo que houve a lavratura de um novo auto de infração, portanto ficando o mesmo sujeito a contagem normal da decadência conforme previsto no art. 173, inciso I, da Lei 5.172/1966, a saber:

> 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;

De todo exposto, deve ser acatada a preliminar de nulidade do auto de infração pela decadência, arguida pelo sujeito passivo, e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito.

Portanto, voto pela reforma da sentença de primeira instância para que o auto de infração seja extinto pela decadência.

É o voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária ocorrida pela decadência, arguida pelo sujeito passivo e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. O Sr. Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Deides Ferreira Lopes, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum e com voto vencedor João Gabriel Spicker. Presidiu a sessão de julgamento aos 14 dias do mês de outubro de 2011, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 10 dias do mês de novembro de 2011.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Deides Ferreira Lopes
Conselheiro Relator

João Gabriel Spicker
Conselheiro Autor do voto Vencedor