

PROCESSO - A. I. N° 130076.0056/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
RECORRIDOS - RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF n° 0079-04/10
ORIGEM - INFRAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 02/08/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0194-12/12

EMENTA: ICMS. 1. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. Com o advento do Decreto n° 13.997 de 17 de maio de 2012, foi processada alteração na norma regulamentar pertinente à apreciação de Recurso de ofício em tramitação para julgamento em Segunda Instância, ficando estabelecido, em seu Art. 3º, que “*Não deverá ser apreciado Recurso de Ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto n° 13.537 de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.* 2. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/BA. Recurso de Ofício NÃO CONHECIDO. Recurso Voluntário PREJUDICADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão n° 0079-04/10 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/08 exige ICMS no valor de R\$98.503,36, acrescido das multas de 60% e 70%, relativo às seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$57.470,91.

INFRAÇÃO 2. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registrada - R\$41.032,45.

Conforme petição juntada à fl. 48, o autuado requereu parcelamento do débito em relação à infração 2 (fls. 49/53) e apresentou defesa (fls. 55/71).

A JJF, após analisar todas as peças processuais, de solicitar saneamento dos autos, prolatar Decisão afastando todas as arguições de nulidades apresentadas pela defesa, indeferindo o pedido de diligência requerido e, no mérito decide pela procedência parcial das infrações apuradas através do presente lançamento fiscal, o que a levou a recorrer de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 326/345).

Diz que, em nenhum momento a fiscalização perquiriu a verdade material dos fatos, buscando dados corretos em sua escrita fiscal. Observando de que as fiscalizações devem buscar a “*função orientadora educacional e corretiva*”, transcreve os artigos 174 da Constituição Federal/88 e 42, III da Lei nº 7.014/96 e afirma que a infração apontada correlata com a multa deveria decorrer de levantamento fiscal, inclusive de estoque, fato que não ocorreu na situação presente, e sim de presunção.

Argumenta que a inexistência de uma demonstração cabal de operações omitidas, o lançamento é viciado, houve cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 5º, LV da CF/88. Nesta sua argumentação, transcreve Acórdãos deste Colegiado que tratam de nulidade e improcedências de infração por vícios formais ou inobservâncias do devido processo legal e requer a nulidade com fundamento no disposto no art. 18 do RPAF/BA. Nesta linha, entende que o próprio voto da JJF (quando transcreve trecho do mesmo) conduz a este raciocínio.

Requer a nulidade da ação fiscal com fundamento de vício insanável.

Em seguida, diz que como o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/08 e engloba fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro/03 fulminados pela decadência. Transcreve os arts. 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional, texto de autoria do professor Hugo de Brito Machado e ementa das decisões contidas nos REsp 183603/SP e 325930/SP do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre a decadência para reforçar o seu posicionamento.

No mérito, em relação à infração 1, ressalta que o autuante desconsiderou que está habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE e goza do benefício fiscal de dilação de prazo até 72 meses para pagamento de “até 90%” do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias. Transcreve os arts. 2º e 8º da Lei nº 7.980/01 e arts. 14 e 15 do Dec. 8.205/02 que regulam o Programa DESENVOLVE e ressalta que, a partir da publicação da Res. 12 de 12/11/02 do Conselho Deliberativo do Programa, passou a usufruir dos benefícios Classe II e a partir da publicação da Res. 43 de 15/09/04 dos benefícios Classe I.

Manifesta entendimento de que o benefício fiscal concedido para dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo “*as operações que lhe são próprias*”, inclui as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e, consequentemente, o pagamento do ICMS da diferença de alíquota. Assim, entende que os valores tidos como não recolhidos pela fiscalização relativos à infração 1, “*em verdade serão pagos dentro do prazo dilatado, nos termos do art. 3º do Dec. 8.205/02*”.

Afirma que excluir o ICMS da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias destinadas a uso/consumo constitui uma ilação do autuante, por entender que as aquisições de tais bens se incluem nas operações próprias, entendimento este expressamente vedado pelo art. 3º, do CTN.

Diz que, nos autos não existe qualquer demonstração legal que estabeleça o entendimento de que mercadorias adquiridas para consumo não se enquadram no conceito de “operações próprias”, utilizadas pela norma e nem poderia, pois não há na legislação da Bahia uma definição expressa deste termo. Afirma de que são diversos os dispositivos do RICMS/97 que aludem ao termo (*inciso IX do art. 56 - revogado em 2001, incisos II e III, e parágrafo 2º - revogado, art. 347, parágrafo único do art. 366, etc*), porém todos distinguem as operações próprias das operações

em que há um substituto responsável, isto é, um contribuinte “de direito” que recolhe o ICMS devido por outro contribuinte que procedeu à operação de circulação das mercadorias que é tipificada como fato gerador do Imposto. Desta forma, observa-se que em todos os dispositivos compulsados, o Estado da Bahia trata o ICMS das operações próprias em oposição às operações que geram ICMS Retido ou Antecipado e Diferido. Pondera que o art. 5º do RICMS/97 segregaria como operações que não são próprias, aquelas em que o contribuinte se encontra na condição de substituto tributário.

Por toda a sua argumentação, afirma que “o ICMS pelo diferencial de alíquotas incidentes sobre operações iniciadas em outras Unidades da Federação devem compor a base do incentivo do DESENVOLVE por se enquadrarem no conceito de “operações próprias” e estarem vinculados ao projeto aprovado”.

Suscita, ainda, que as multas aplicadas, tanto na infração 1, como na 2, são por falta de recolhimento do imposto, o que, conforme demonstrado, não ocorreu. Neste sentido, transcreve as determinações do art. 42, II e III, da Lei nº 7.014/96. E, após tal transcrição, “requer desde já, o cancelamento da multa aplicada com fulcro no dispositivo acima citado. Outrossim, consoante já informado, o recorrente apenas não formalizou a transferência do estoque da sua filial desativada em Salvador, através da competente nota fiscal, para a sua Matriz, tendo havido portanto, o descumprimento de simples obrigação acessória, que em nada afetou a arrecadação de tributos pelo Estado da Bahia”.

Nesta linha de discussão, afirma que com base no § 7º do art. 42 da citada Lei pode ser ela cancelada, tendo em vista não ter havido simulação ou má-fé. Ademais, as operações foram devidamente escrituradas na contabilidade da empresa, bem como pagos os tributos. Observa, ainda, que a multa de 50% sobre o valor das operações realizadas nos exercícios fiscalizados caracteriza um verdadeiro excesso, um verdadeiro desvio de finalidade, violando a Constituição Federal e os princípios jurídicos e legais.

Requer revisão fiscal para depurar do suposto débito os valores indevidamente exigidos ou, em sendo necessária, a produção de prova pericial.

Por fim, solicita que seja anulado o Acórdão JJF N° 0079-04/10, tendo em vista a nulidade do lançamento, gerada pela inexistência de levantamento quantitativo do estoque do Recorrente, que ofendeu frontalmente ao princípio da verdade material, da ampla defesa e contraditório e que seja julgado improcedente o Auto de Infração, tendo em vista os equívocos e ilegitimidade da autuação.a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.Requer a produção de todos os meios de provas em direito admitidos.

O PAF foi encaminhado pelo Coordenador Administrativo deste CONSEF à PGE/PROFIS para que fosse emitido Parecer jurídico sobre a preliminar de decadência suscitada pelo (fl. 352).

O processo foi encaminhado à procuradora assistente da NCA/PROFIS/PGE que o encaminhou ao Gabinete do Procurador Geral do Estado. Este, diante do fato de que a proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, despacha no sentido de que “devem os processos então sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS” (fls. 353/354).

A nobre procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé apresenta o seguinte opinativo conclusivo (fls. 357/359).

Em relação à decadência suscitada, assim se expressa: *A lei estadual, no seu art. 107 do COTEB, em conformidade com a previsão do parágrafo 4º do art. 150 do CTN, prevê o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2003 teve início em primeiro de janeiro de 2004. Contando-se cinco anos de primeiro de janeiro de 2004, vemos que a autuação que foi lavrada em 30.09.2008, com ciência do sujeito passivo em 10.10.2008, ocorreu dentro do prazo legal, devendo ser afastada a ocorrência de decadência.*

Em relação à alegação do recorrente a respeito das parcelas do incentivo do DESENVOLVE, diz que a mesma deve ser afastada em face da cópia do livro RAICMS que comprova que durante o período fiscalizado o sujeito passivo incluiu indevidamente o ICMS da diferença de alíquota na apuração das parcelas dilatadas e não dilatadas do Programa DESENVOLVE.

Entende prudente ressaltar que o autuante elaborou novo demonstrativo de débito relativo à infração 1 com base na planilha apresentada pelo impugnante às fls. 108/119, nas quais foi deduzido a título de recolhimento o percentual de 20% relativo ao pagamento da parcela não incentivada e 10% relativo ao pagamento da parcela incentivada recolhida por antecipação.

Diz não encontrar respaldo legal o pedido de cancelamento das multas aplicadas, porquanto as multas previstas na Lei nº 7.014/96 e decorrem de descumprimento de obrigações principais e não acessórias.

Entende que o pedido de revisão fiscal deve ser indeferido em razão da falta de amparo legal, *ex vi* do art. 147, do RPAF/99.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Em 31/05/2010, o recorrente usando do benefício que lhe concedeu a Lei nº 11.908/2010, recolheu o valor total do imposto da infração 1, conforme decidido pela JJF (fl. 361).

VOTO

Diante da situação peculiar que se reveste o presente processo, antes de me pronunciar a respeito do Recurso Voluntário, entendo necessário abordar, primeiramente, o Recurso de Ofício.

Da análise dos autos verifico que, à época do julgamento levado a efeito pela 4ª JJF, era, do ponto de vista regulamentar, cabível a interposição do Recurso de Ofício. Entretanto, com o advento do Decreto nº 13.997 de 17 de maio de 2012, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA sofreu alteração, processada através do Art. 3º do nominado decreto, que para melhor esclarecimento, a seguir transcrevo:

“Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.”

Desta maneira a à luz do dispositivo regulamentar acima, e considerando que o valor exonerado pela decisão recorrida é inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), não se pode dar conhecimento ao Recurso de Ofício interposto, tornando-se definitiva a Decisão recorrida diante do que determina o art. 173-A, I, , do RPAF/BA.

Passo a análise do Recurso Voluntário.

A infração 1 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Após saneamento dos autos, realiado pelo próprio autuante, a JJF acatou o demonstrativo de débito refeito (fl. 104) e decidiu pela procedência parcial do ICMS devido nesta infração, no valor de R\$32.609,39.

Após julgamento, que se deu em 30/03/2010, com ciência da empresa em 22/04/2010, ela, em 31/05/2010, recolheu o imposto devido da infração 1, conforme decidido pela JJF, usando do benefício concedido através da Lei nº 11.908/2010.

A Infração 2 do presente Auto de Infração trata da omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registrada, cujo ICMS foi exigido no valor de R\$41.032,45.

Em 10/10/2008 a empresa tomou ciência do lançamento fiscal e em 23/10/2008 requereu parcelamento do total do seu débito, conforme consta às fls. 49/53 dos autos.

Em 10/11/2008 apresenta defesa insurgindo-se contra a irregularidade apurada. Embora não conste dos autos todas as parcelas pagas do referido parcelamento, consta à fl. 360 que ele encontra-se finalizado já que, no sistema informatizado desta SEFAZ, o débito parcelado se encontra com a situação de “baixado por pagamento”, ou seja, foi totalmente recolhido. Em assim sendo, busquei no SIGAT (sistema do crédito tributário do Estado) a real situação deste parcelamento. Foi ele requerido em 49 parcelas, sendo que foram pagas a inicial e mais dezenove parcelas até 25/05/2010. Em 26/05/2010, a empresa utilizando do benefício da Lei nº 11.908/2010 o quitou, estando apontado neste sistema que tem ele saldo a recuperar de R\$753,44.

Neste momento observo que a JJF, diante das determinações contidas no art. 156, I, do CTN e art. 122 do RPAF/BA, em 30/03/2010 não poderia mais se pronunciar a respeito de qualquer alegação, nem de nulidade, ou mesmo de mérito, desta infração, pois o processo administrativo fiscal se encontrava, em relação a esta infração, extinto pelo seu reconhecimento total, conforme dispõe os artigos acima citados do CTN e RPAF/BA, bem como do § 1º, I, do art. 1º do Decreto nº 8.047/2001. Entretanto, ela assim não agiu. Em obediência ao princípio da verdade material, das determinações do art. 2º, do RPAF/BA e da justiça fiscal, procedeu ela corretamente o seu saneamento. O erro existente é claro e expresso, conforme informado pelo próprio autuante. Seria oneroso tanto para o Estado como para o contribuinte ter que sanar a situação posteriormente, pois o que se constatou foi a existência parcial de indébito tributário por erro de lançamento dos valores apurados nos levantamentos fiscais. A infração foi mantida parcialmente.

Com todos estes fatos acima relatados, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 05/05/2010.

Diante deste quadro, o pagamento realizado pelo recorrente nos termos da Decisão irrecorrível da JJF, implica confissão da dívida, o que torna ineficaz o Recurso Voluntário interposto, como previsto pelo Art. 122, IV do RPAF/BA. Em consequência, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do Art. 156, I do CTN e prejudicado o Recurso Voluntário apresentado, devendo os autos ser remetidos à repartição fiscal de origem para fins de homologação do pagamento e, após, arquivamento do processo.

Voto pelo NÃO COLHECIMENTO do Recurso de Ofício interposto e declaro PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso de Ofício interposto e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e declarar EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 130076.0056/08-5, lavrado contra RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA., devendo os autos ser encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e, após, o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS