

PROCESSO - A. I. Nº 157064.0118/11-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRIGORÍFICO URUGUAI LTDA.
RECORRIDOS - FRIGORÍFICO URUGUAI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0226-04/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-11/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **2. LIVROS FISCAIS.** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS RECOLHIMENTOS RESPECTIVOS. FALTA DE PAGAMENTO. A descrição da infração, demonstrativos de suporte e enquadramento não caracteriza a sua ocorrência. Infração nula por ausência de elementos suficientes que determine com segurança o cometimento da infração. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. Infração não impugnada no mérito. Rejeitadas as arguições de decadência e de inexistência de responsabilidade de sócio. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0226-04/12 (fls. 178/180), por ter desonerado o sujeito passivo do total dos valores exigidos na infração 2, consoante o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte (fls. 192/200), relativo às infrações 1 e 3, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 30/12/11, exige ICMS no montante de R\$ 302.184,05, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

- 1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com o fim de comercialização - R\$ 150.558,34 acrescido da multa de 60%.*
- 2. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do tributo relativo às operações escrituradas nos livros próprios - R\$ 150.558,34 acrescido da multa de 50%.*
- 3. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição em outros estados de material destinado ao ativo imobilizado - R\$ 1.067,37 acrescido da multa de 60%.*

A 4ª JJF na Decisão proferida (fls. 178/180) fundamentou que:

Embora a impugnação tenha sido apresentada por pessoa física, enquanto quem figura no pólo passivo é a pessoa jurídica de direito privado destacada à fl. 01 (FRIGORÍFICO URUGUAI LTDA. ME, Inscrição Estadual 67.782.400, CNPJ 07.736.013/0001-72, NIRE 29 2 0286809 0 (Junta Comercial)), tenho como válida a peça para conhecer as suas razões, com fulcro no princípio da informalidade que direciona o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 2º, RPAF/1999.

Relativamente ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ (Superior Tribunal de Justiça), até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN, e não com o art. 150, § 4º.

Apesar do fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer intervalos temporais menores do que o do art. 150, § 4º, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/97.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º (primeiro) de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

A questão da responsabilidade do sócio deve ser decidida no Poder Judiciário, em sede de eventual execução fiscal. Não é assunto a ser apreciado na instância administrativa, a quem cabe tão somente dizer se procede (no todo ou em parte) ou não o lançamento de ofício lavrado contra a pessoa epígrafada na primeira folha dos autos.

Neste momento, qualquer juízo de valor acerca dessa situação resultaria em Decisão “extra petita”, visto que o Auto de Infração nada mais é do que uma petição inicial administrativa para se constituir em definitivo o crédito estatal contra a sociedade empresário autuado, no caso vertente o FRIGORÍFICO URUGUAI LTDA. ME.

Ao compulsar os autos, noto que houve equívoco do autuante ao registrar a infração 02.

Das fls. 17 a 21 constam o “DEMONSTRATIVO DE OPERAÇÕES DE COMPRA DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO PAGAMENTO DO IMPOSTO” e o “DEMONSTRATIVO DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SEM O DEVIDO PAGAMENTO DO IMPOSTO”, que consubstanciaram a acusação e utilizaram as mesmas notas fiscais de entrada tomadas no levantamento do imposto por antecipação parcial da infração 01 (fls. 11 a 15; cópias às fls. 22 a 104).

Uma vez que a imputação é de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do tributo relativo às operações escrituradas nos livros próprios, não se pode tomar documentos de entrada, já que a mesma enseja crédito para o estabelecimento, e não débito.

Infração 02 nula, com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal.

As demais acusações não foram impugnadas nos seus respectivos méritos, pelo que ficam mantidas, com fundamento no art. 140 do RPAF/1999.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$151.625,71.

A JJF Recorreu de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, em função da desoneração total dos valores exigidos na infração 2.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 192 a 200), o ex-sócio que ingressou com a defesa inicial, através de advogado constituído (fl. 140) reapresentou os mesmos argumentos da impugnação.

Requeru reconhecimento da decadência de parte do crédito tributário constituído relativo ao período compreendido entre janeiro/06 e março/07 com fundamento no art. 150, § 4º do CTN. Transcreveu decisões prolatadas pelo STJ para reforçar o seu entendimento.

Arguiu inexistência de responsabilidade do sócio relativamente aos fatos geradores ocorridos após julho/06, sob justificativa de que se retirou da sociedade comercial conforme alteração contratual anexada às fls. 152/157, registrada na Junta Comercial em 26/07/06.

Transcreve o art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN) que trata da responsabilidade de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado e texto de doutrinadores, bem como, decisões de Tribunais Superiores acerca do redirecionamento da execução para o sócio-gerente.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração em razão da materialização da decadência e da inexistência de responsabilidade por parte de ex-sócio.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 209/211, no qual externou entendimento de que na situação presente se materializou falta de pagamento do imposto ou o imposto foi pago a menor, o que

desloca o prazo decadencial para o prazo previsto no art. 173, I e não o estabelecido no art. 150, § 4º do CTN. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na sessão do julgamento o Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes se declarou impedido de votar em razão de ter sido o relator do Acórdão que proferiu a Decisão pela 4ª JJF.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, face à desoneração total da infração 2, julgada Nula. Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, no demonstrativo às fls. 11 a 15, a fiscalização relacionou os valores das mercadorias adquiridas em outros estados destinados à comercialização, aplicou a alíquota interna, deduziu o crédito fiscal e exigiu o ICMS apurado a título de antecipação parcial na infração 1.

Já no demonstrativo às fls. 17 a 21, relacionou as mesmas notas fiscais, aplicou a alíquota interna sobre os mesmos valores, deduziu o crédito fiscal e exigiu do ICMS a título de falta de recolhimento do imposto *“referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”*.

Tomando como exemplo, o mês de janeiro/06, foi relacionado no demonstrativo à fl. 13 as Notas Fiscais de nºs 273679, 273680, 273681 e 273682, que resultou em valor exigido de ICMS antecipação parcial de R\$5.962,00 na infração 1. As mesmas notas fiscais foram relacionadas no demonstrativo à fl. 19, o que resultou em valor idêntico exigido de R\$5.962,00 na infração 2.

No enquadramento da infração 2, foi indicado como infringido o art. 124 do RICMS/97 que versa sobre prazo de vencimento do ICMS normal.

Pelo exposto, considero correta a Decisão da primeira instância, tendo em vista que os demonstrativos que apuraram o imposto exigido nesta infração a título de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, relativo às operações escrituradas nos livros próprios são os mesmos utilizados na apuração do ICMS antecipação parcial (infração 1).

Ressalto que não foi juntado ao processo, qualquer prova de que o imposto exigido se trata de operações escrituradas nos livros fiscais próprios e que tenha deixado de ser recolhido no prazo regulamentar, como consta na acusação. Portanto, restou configurado que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração (art. 18, IV, “a” do RPAF/99). Recurso de Ofício Não Provido.

No tocante ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, ressalto que o recorrente não questionou em nenhum momento os valores apurados nas infrações 1 (antecipação parcial) e na infração 3 (diferença de alíquota/ativo). Argumentou apenas ter configurada decadência de parte dos valores exigidos e inexistência de responsabilidade por parte de sócio.

Verifico que estes argumentos já foram apreciados na Decisão da primeira instância e não merece qualquer reforma. Quanto à decadência, verifico que a infração 1 acusa falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial no período de abril/06 a junho/07 e a infração 3, falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota relativo à aquisição de bens de ativo em outros estados, no período de abril a agosto/07.

Neste caso, conforme apreciado pelo julgador da primeira instância e posicionamento da PGE/PROFIS, em ambos os casos, não houve pagamento do ICMS no prazo regulamentar, o que desloca o termo inicial do prazo para contagem da decadência a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, regra prevista no art. 173 do CTN, repetida no art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB).

Logo, na situação presente, com relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, a contagem do prazo decadencial se inicia em 01/01/07 e a Fazenda Pública Estadual teria prazo para constituir o lançamento até 31/12/11, fato que ocorreu. Fica, portanto, afastada a preliminar de mérito da decadência.

Relativamente à alegação de inexistência de responsabilidade por parte de sócio, também já foi

apreciada na Decisão da primeira instância e não merece qualquer reparo.

Conforme documentos juntados às fls. 105 a 116, os trabalhos de fiscalização foram motivados em cumprimento de mandado de busca e apreensão determinado pela Juíza da 1ª Vara Criminal de Vitória de Conquista/BA, que resultou na apreensão de livros e documentos fiscais, na operação denominada “Caracará”.

Concluído os trabalhos de fiscalização, foi expedida intimação por Aviso de Recebimento (Correios) à pessoa jurídica de direito privado: Frigorífico Uruguai, IE 67.782.400, CNPJ 07.736.013/0001-72 (fls. 118/120) e não tendo sido encontrado a empresa no endereço constante do banco de dados da SEFAZ, a Rua do Uruguai, 83-A, passou para a situação de inapto (fl. 121).

Foi expedida 2ª intimação para a sócia Pedrina Cardoso Veiga Cruz, na Rua do Timbó, 519, apto 102-B, Caminho das Árvores, que também não foi encontrada (fl. 123/124) e uma 3ª intimação para o sócio Israel Pimentel e Pimentel Lustoza, na Rua Camorim, 22, Q-03, STIEP, (fl. 127), o qual apresentou defesa tempestiva (fl. 129), na qual alegou que na segunda alteração contratual da empresa (fls. 152/157), segundo a cláusula primeira se retirou da sociedade empresarial, cujo registro na Junta Comercial, foi feito em 26/07/06.

Pelo exposto, restou comprovado que apesar de ter se retirado da composição societária da empresa no mês de julho/06, o sócio que apresentou defesa não comprovou ter efetivado comunicação à Secretaria da Fazenda para excluí-lo da condição de sócio no cadastro da pessoa jurídica ora autuada. Também, o lançamento de ofício engloba fatos geradores anteriores e posteriores ao momento que era sócio responsável da pessoa jurídica.

Pelo exposto, considero correta a Decisão prolatada pela 4ª JJF, no sentido de validar a peça defensiva para conhecer as razões apresentadas, com fundamento no art. 4º, RPAF/BA, que estabelece ter legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie.

Ressalte-se que a 4ª JJF, em apreciação a defesa apresentada, declarou de ofício Nula a infração 2, que desonerou valor relevante relativo a fatos geradores ocorridos em momento anterior e posterior ao da retirada do sócio da sociedade empresarial, cujo Recurso interposto não foi provido, como apreciado anteriormente.

Por tudo que foi exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **157064.0118/11-7**, lavrado contra **FRIGORÍFICO URUGUAI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$151.625,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS