

A. I. Nº - 281390.0001/13-9
AUTUADO - BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S/A.
AUTUANTE - AUGUSTO RICARDO JANSEN FERRARI
ORIGEM - DAT METRO/ INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 13.11.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES A ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE PARA ALIMENTAÇÃO DE SEUS EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO FORNECEDOR. O fornecedor neste caso é contribuinte substituído. Imposto de responsabilidade do destinatário. Pagamento parcial. Apresentação de fatos modificativos do direito alegado pela autoridade fiscal. Infração em parte caracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO DEVIDO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Reconhecimento pelo sujeito passivo. Art. 140, do RPAF/99. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2013, exige ICMS no valor de R\$ 122.283,26 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.04.03 - "Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários". Consta que: "infração incorrida em todos os exercícios fiscalizados". Meses de jan/08 a dez/10. Valor histórico de R\$120.604,29. Multa de 60%.

Infração 02 - 03.02.02 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Consta que houve o uso indevido da alíquota de 12% nas operações de saída interestaduais para clientes na condição de isento. Valor histórico de R\$ 1.678,97. Meses de: jan/09; mar/09; jun/09; ago/09; out/09; nov/09; fev/10; jul/10; set/10; out/10 e dez/10. Multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação às fls. 35/42, mediante a qual contesta o presente lançamento, relacionado com a infração 01 e reconhece o ilícito administrativo descrito na infração 02.

Alega que houve pagamento integral do imposto referente ao período de set/09 a dez/10, com aplicação da alíquota de 4%, destacada pelo fornecedor nos documentos fiscais emitidos, prevista no art. 504 do RICMS/97, após a apuração da base de cálculo conforme art. 343, XVIII desse regulamento, diferentemente do procedimento fiscal, que apurou o tributo ao aplicar alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida em 30%. Junta aos autos comprovantes de pagamento, DAE e notas fiscais, DOC. 03, fls. 68/131. Requer a improcedência do lançamento tributário referente ao mencionado período.

Afirma também que, no período de jan/08 a ago/09, cumpriu a devida obrigação principal ao aplicar a legislação vigente acima apontada, em virtude de o fornecedor destacar a alíquota de 4% nos documentos fiscais emitidos. Junta aos autos comprovantes de pagamento, DAE e notas fiscais, DOC. 04, fls. 132/226.

Aponta a ocorrência da Decadência em relação aos fatos geradores de jan/08 a nov/08, ainda que tenha realizado pagamentos do ICMS a menos do devido, consoante o art. 150 § 4º do CTN. Tendo em vista a data da ciência do Auto de Infração em 26/12/2013, as obrigações anteriores a 26/12/2008 foram extintas por essa ocorrência. Traz ementas de julgados de turmas do STJ para corroborar com seu entendimento. Pede, novamente, a improcedência dos lançamentos inerentes ao período citado.

Requer a revisão e improcedência do lançamento atinente à infração 01, subsidiariamente, dedução dos pagamentos realizados no período de jan/08 a ago/09, não contabilizados pelo autuante e a exclusão dos valores de ICMS referentes aos meses de jan/08 a nov/08 em razão da Decadência.

Suscita, também, a realização de diligência, perícia, juntada de documentos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 231/233, tecendo as seguintes considerações, além de relatar o reconhecimento parcial da infração 01 e total da infração 02 pelo sujeito passivo.

Afirma que a empresa NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA – ME, inscrição estadual nº 67.680.539 sempre foi optante pelo regime do Simples Nacional desde 01/07/2007, primeiramente na condição Empresa de Pequeno Porte - EPP e após 16/01/2013 na condição ME, conforme fl. 234, e o contribuinte KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, inscrição estadual nº 43.178.665 esteve sob o regime do Simples Nacional de 01/07/07 a 31/08/09 - condição EPP, e em 01/09/09 obteve a condição NORMAL, como demonstra a fl. 235.

Reconhece parte das alegações defensivas, ao deixar de observar a alteração da condição de EPP para NORMAL da empresa KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, a partir de 01/09/09. Acolhe os argumentos do impugnante, neste particular, tendo em vista o correto recolhimento do ICMS diferido à razão da alíquota de 4% sobre o valor das refeições fornecidas por esse contribuinte, no período de 01/09/09 a 31/12/10.

No entanto, mantém a autuação consignada na Infração 01 relativa aos meses de jan/08 a ago/09, pelo fato de o impugnante realizar esporádicos e irrelevantes recolhimentos sob o Código de Receita 1.959, fls. 236/242, abatidos dos valores reclamados, conforme demonstrativo das fls. 09/13.

Relata a inexistência de recolhimento referente à contratada NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA - ME, inscrição estadual 67.680.539, no período de jan/08 a ago/09, como pode ser verificado na relação de DAE da contratada em 2008 e 2009, às fls. 243/244.

Quanto à alegação defensiva acerca da extinção sobre o manto da Decadência, afirma não ter respaldo na legislação tributária estadual, bem como nos diversos julgamentos no CONSEF.

Pede a procedência parcial do feito, em virtude do reconhecimento pelo impugnante da Infração 02 e da cobrança remanescente da Infração 01 - período de jan/08 a ago/09.

Em 30/06/14, a 4ª JJF deliberou sobre a realização de diligência para estabelecer, de forma segura, o *quantum debeatur* da exação, fl. 248.

À fl. 251, o autuante apresenta relato sobre o cumprimento da diligência. Junta demonstrativos às fls. 252/257 e solicita a consideração na íntegra da informação fiscal.

Às fls. 263/271, o impugnante apresenta manifestação. Sintetiza a lide e os procedimentos adotados acima mencionados.

Refuta o entendimento do autuante ao não considerar o benefício de 4% disposto no regulamento do ICMS vigente, pelo fato da empresa NOLLI COZINHA INDUSTRIAL possuir a condição de optante do Simples Nacional, no período de jan/08 a ago/09. Afirma não deter competência para fiscalizar a situação cadastral do fornecedor, posto que há informação de ser optante do regime conferido pelo art. 343, XVIII, do RICMS /97, conforme DOC. 4, fls. 132/226. Assim, entende não poder ser apenada com o respectivo lançamento tributário.

Afirma o dever do autuante em considerar os pagamentos, sob o Código de Receita 1.006, no período de jan/08 a ago/09, totalizando R\$25.722,32, conforme demonstrativos detalhados às fls. 266/267, com base no DOC. 4, por se tratar de erro escusável, tendo em vista o efetivo ingresso de numerário aos cofres público. A favor do seu entendimento traz excerto do Acórdão da 3ª CJF nº 0348/13-13 ao julgar situação semelhante.

Não acata o entendimento do autuante sobre a Decadência, pois a matéria está contida nos limites da lei complementar federal, de acordo com a disposição constitucional no art. 146, inciso III, alínea "b". Dessa forma, assevera a incidência do art. 150, § 4º, do CTN, para suscitar a declaração da improcedência dos lançamentos atinentes aos períodos de apuração de jan/08 a nov/08, em razão da decadência do direito do Fisco de constituir créditos, tendo em vista a data da ciência do auto de infração de 26/12/2013, e, por conseguinte, a homologação tácita.

Reitera os termos da Impugnação e requer a declaração da improcedência da Infração 01, uma vez que realizou os pagamentos do ICMS decorrente da entrada de refeições, sob Código de Receita 1.006, bem como sejam excluídos os valores lançados, no período de jan/08 a nov/08, por força da Decadência.

Ao apresentar nova informação fiscal, o autuante, às fls. 298/301, relata a impossibilidade das operações realizadas pelo sujeito passivo com a empresa NOLLI COZINHA INDUSTRIAL por possuir a condição de EPP e de Microempresa - ME após 16/01/13, fl. 234. Assim, afirma ser o impugnante responsável pelo recolhimento do ICMS diferido, cujo montante deve ser apurado da incidência do art. 87, inciso XX, do RICMS/97, e não da aplicação da alíquota de 4%.

Informa que houve a consideração dos pagamentos sob os Códigos de Receita 1.006 e 1.959, do período de jan/08 a ago/09, e reafirma a responsabilidade do sujeito passivo pela realização do correto recolhimento do ICMS diferido.

Afirma não prosperar o argumento a respeito da incompetência de fiscalizar os fornecedores, visto que a respectiva informação fiscal pode ser obtida através de consulta no sítio da SEFAZ/BA, além de não acolher os argumentos voltados à Decadência, no período de jan/08 a nov/08, por falta de respaldo na legislação tributária estadual.

Requer a procedência parcial da infração 01, no total de R\$47.966,26, ao juntar aos autos demonstrativos de fls. 302/307.

Instado a produzir nova manifestação, o impugnante remete aos argumentos mencionados na peça defensiva e anterior pronunciamento, com fim de requerer a desconstituição total do auto de infração por ter recolhido todo débito do ICMS na forma destacada nos documentos fiscais, bem como pela incidência da Decadência. Fls. 312/313.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Logo, não existindo vícios na lavratura do Auto de Infração, muito menos no decorrer da instrução processual, de modo a inquinar de nulidade o lançamento, inclusive, pelo atendimento à diligência desta Junta de Julgamento, passo à análise do mérito.

Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em julgados do Poder Judiciário, quanto aos valores cobrados relativos ao período de 31/01/2008 a 30/11/2008, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, ainda que este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

Art. 150. ...

[....]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a 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. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada, para efetivação do lançamento, estabelecido pelo § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, *in verbis*:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 18/12/2013 (data da lavratura do presente auto de infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes ao período de 31/01/2008 a 30/11/2008.

Verifico, ainda, as disposições do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário, e no art. 107-B, §5º, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional - CTN

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; (grifo acrescido).

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.

Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB

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; (grifo acrescido)

[...]

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.

Art. 107-B. 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.

[...]

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No sentido do art. 107-A do COTEB, o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965.

Art. 965. 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; (grifo acrescido)

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.

Neste diapasão, há decisões reiteradas no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF. A exemplo, tem-se excerto do voto do ilustre Relator Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-05/13, da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz entendimento a respeito do prazo decadencial, proferido pelo Conselheiro Classista Nelson Antônio Daiha Filho.

"Convém também pontuar, quanto a esta matéria, que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, inclusive, em decisões mais recentes. Nesse sentido o Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do eminentíssimo relator, representante das classes empresariais, Nelson Antônio Daiha Filho, é reproduzido parcialmente abaixo, a título ilustrativo."

'Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.'

Logo, ao caso concreto, não opera o Instituto da Decadência arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, de modo a afastar a aplicação do termo *a quo* estipulado no art. 150, §4º desse código. Dessarte, rejeito a preliminar de mérito aventada.

O cerne da questão controvertida consiste na Infração 01, diante dos lançamentos tributários relacionados ao pagamento do ICMS deferido previsto no art. 7º, §1º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, de responsabilidade do autuado, com base no art. 504 do RICMS/97, que atribui aplicação de 4% sobre o valor da receita bruta nas operações de saída dos fornecedores NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA – ME, CICMS nº 67.680.539 e KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CICMS nº 43.178.665.

É inescusável os argumentos do impugnante voltados à falta de competência para avaliar a condição do fornecedor NOLLI COZINHA INDUSTRIAL, CNPJ nº 07.708.176/0001-41, não só pela possibilidade de pesquisa junto a SEFAZ/BA, através de consulta prevista no art. 55 do RPAF/99, como também via Internet, mas, sobretudo, diante da tentativa de transferir o risco de sua atividade e o seu dever de cautela para o Poder Público Estadual. Pelo disposto no art. 7º, caput, da Lei nº 7.014/96 c/c o art's. 123, 128 e 136 do CTN, acolho o entendimento do autuante, no sentido de conferir responsabilidade tributária ao impugnante - contratante das empresas acima

destacadas - pelo correto recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Registre-se também que consta dos autos documentos fiscais emitidos pelo mencionado fornecedor, nos quais expressam "EMPRESA DE PEQUENO PORTE ESTE DOCUMENTO NÃO GERA CRÉDITO DO ICMS RICMS-BA, ART 403-V", fls. 21, 22, 23, 135, 136, 139, 140, 143, 144, 147, 148, 152, 153, 156, 157, 160, 161, 164, 165, dentre outros documentos acostados, além do histórico da condição de EPP, fl. 234, cuja apuração do imposto difere daquela submetida ao Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Por outro lado, procede o pleito defensivo a respeito da consideração dos pagamentos sob o Código de Receita 1.006.

No que concerne às operações com o fornecedor KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CNPJ nº 00.917.667/0001-53, os lançamentos tributários carecem de elementos probatórios, ônus da acusação fiscal, quanto ao cumprimento do requisito contido no art. 504, inciso III, do RICMS/97 e, à forma de apuração do ICMS desta empresa. Explico: embora inicialmente conste a informação do autuante acerca da apuração do imposto como conta corrente fiscal do fornecedor, o autuante modificou seu entendimento.

Acolho a exclusão realizada pelo autuante, por não restar claro, nos autos, se o fornecedor realiza o confronto dos débitos com os créditos das suas operações tributáveis, para pagamento do imposto ou se recolhe o tributo através de percentual sobre a sua receita bruta. Logo, considero improcedentes, no sentido do entendimento do autuante, os lançamentos inerentes a essa infração no período de set/09 a dez/10, ao teor do art. 155, Parágrafo único, do RPAF/99.

Do exposto, a infração 01 está em parte caracterizada, conforme demonstrativo abaixo, com o permissivo constante no art. 127, § 8º, do RPAF/99.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01

MÊS	ICMS diferido APURADO *	PAGAMENTO CÓD. 1.006	ICMS diferido DEVIDO
jan/08	3.659,10	1.229,95	2.429,15
fev/08	3.394,56	1.141,03	2.253,53
mar/08	3.786,78	1.272,86	2.513,92
abr/08	3.812,56	1.281,53	2.531,03
mai/08	3.879,09	1.303,89	2.575,20
jun/08	1.876,95	1.169,40	707,55
jul/08	5.753,72	1.395,54	4.358,18
ago/08	4.121,09	1.385,24	2.735,85
set/08	3.951,82	1.328,34	2.623,48
out/08	4.310,61	1.558,82	2.751,79
nov/08	4.073,82	1.369,35	2.704,47
dez/08	3.154,15	1.136,21	2.017,94
jan/09	3.739,50	1.324,19	2.415,31
fev/09	3.236,37	1.806,39	1.429,98
mar/09	3.628,94	1.327,66	2.301,28
abr/09	3.571,90	1.200,64	2.371,26
mai/09	3.685,25	1.238,74	2.446,51
jun/09	2.966,01	1.166,39	1.799,62
jul/09	4.092,47	1.416,25	2.676,22
ago/09	3.712,45	1.388,44	2.324,01
Total			47.966,28

* Valor diminuído do recolhimento sob o código 1.959.

No que diz respeito à infração 02, com base no art. 140, do RPAF/99, diante do reconhecimento pelo impugnante, considero caracterizado o respectivo ilícito administrativo.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281390.0001/13-9**, lavrado contra **BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.645,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f” e “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN OLIVEIRA DE ARAUJO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA