

A. I. N° - 279757.0085/15-0
AUTUADO - PERINI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.06.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-04/16

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS REALIZADAS PARA AS FILIAIS SEM TRIBUTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO A TAIS OPERAÇÕES. O contribuinte adquiriu mercadorias para comercialização e as transferiu sem tributação para as suas filiais, quando tinha permissão para fazê-lo apenas em relação aos produtos resultantes de seu processo produtivo (pães, docinhos, salgados etc), consoante o previsto nos Regimes Especiais concedidos pela Secretaria da Fazenda (Regimes Especiais nºs 11271/2009 e 24502/2009). Não acatada, a decadência suscitada. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 30/11/15, exige-se ICMS no valor de R\$431.850,63, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$27.687,31, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.261.843 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 2 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$75.691,63, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.290.698 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 3 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$38.278,98, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.291.057 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 4 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$13.663,62, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.291.615 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 5 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$40.112,22, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.292.290 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 6 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$86.771,24, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.293.217 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 7 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$131.348,03, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.293.659 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

Infração 8 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$18.297,60, e multa de 60% (no período de julho a dezembro de 2010);

Consta, ainda, que “nas sucessivas saídas em transferências para a Filial varejista I. Estadual nº 88.294.568 de mercadorias destinadas à comercialização e/ou consumo do estabelecimento, sem amparo do Regime Especial nº 11.271/2009 e 24.502/2009, que ampara somente mercadorias de fabricação própria...”.

O autuado apresentou defesa, suscitando a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de 07/2010 a 12/2010, tendo em vista que tomou ciência do auto de infração no dia 01/12/15, em razão do disposto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, sob o argumento de que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação. Transcreve algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça para reforçar seu entendimento e acrescenta que os mais recentes acórdãos daquele Tribunal “estabelecem a perfeita distinção entre o direito de rever a constituição do crédito feita pelo contribuinte (art. 150, §4º, CTN) e o direito de constituir o crédito tributário (art. 173, I, CTN), afirmando que, nos tributos cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN)”.

Alega que a alínea “b” do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária e, portanto, “no

ordenamento jurídico brasileiro, o Código Tributário Nacional - CTN, lei complementar em sentido material, é o veículo apropriado para introduzir no sistema normas relativas à decadência no âmbito tributário”.

Observa que, “*conquanto os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal ainda relutem em reconhecer a aplicação das normas do Código Tributário Nacional sobre decadência, o Poder Judiciário vem reiteradamente afirmado a mencionada aplicação*”.

Aduz que “*a regra do art. 173 do CTN se aplica aos tributos sujeitos ao lançamento por declaração (que pressupõem uma atividade prévia por parte do sujeito ativo), de forma que, neste caso, o prazo decadencial se inicia a partir "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado", imaginando o legislador, assim, um tempo hábil para que as informações pudessem ser compulsadas e, com base nelas, preparado o lançamento pelo Fisco” e, “*para os tributos cujo lançamento seja feito pelo próprio contribuinte (por homologação), esta regra não se aplica*”.*

Entende que “*ocorrido o fato gerador, já nasce para o contribuinte a obrigação de apurar e pagar o tributo, sem qualquer participação do Fisco, que tem, a partir daquele fato gerador, o prazo de 5 (cinco) anos para formalizar e constituir o seu crédito, através do auto de infração. É exatamente isto que está expresso no CTN, em seu art. 150, § 4º*”.

Acrescenta que “*no caso concreto, como a autoridade autuante só formalizou seu lançamento de ofício em 01/12/2015, em razão disso é óbvio que decaído já estava o seu direito de alcançar fatos ocorridos antes de 01/12/2010”, “na forma do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional*”.

No mérito, argumenta que “*a Fiscalização verificou o erro da ora Impugnante no procedimento adotado na apuração e recolhimento do ICMS nas remessas de mercadorias nas saídas em transferências para a Filial varejista, os produtos foram transferidos sem a tributação, não observou os produtos o crédito a que tem direito a ora Impugnante na entrada das referidas mercadorias*”.

Apresenta uma planilha que, a seu ver, “*demonstra que o valor contábil estava igual ao valor do produto, a base de cálculo e a alíquota estavam “zeradas”, o que resultava sem destaque de ICMS (R\$0,00)*” e, “*a partir desse cenário, a Fiscalização aplicou a alíquota de 17% para o cálculo do ICMS devido, sem, contudo, considerar o crédito na entrada*”.

Requer a realização de diligência ou perícia, pela Assessoria Técnica do CONSEF, para a quantificação do crédito das entradas das mercadorias e abatimento do débito do ICMS realizando, assim, os princípios da não cumulatividade e da busca da verdade material. Discorre sobre os princípios da verdade material e da informalidade no processo administrativo fiscal.

Apresenta os quesitos que deseja ver respondidos pelo diligente estranho ao feito e, por fim, pede que seja reconhecida a decadência e a procedência parcial do auto de infração.

O autuante prestou a sua informação fiscal, rebatendo a preliminar de decadência suscitada pelo contribuinte, sob o argumento de que deve ser aplicado o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional que prevê que o prazo decadencial de cinco anos deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Afirma, ainda, que “*não há que se falar em decadência do Crédito Tributário, à luz do que dispõe a Legislação Tributária, em especial o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores*”.

No mérito, alega que “*não foram considerados créditos fiscais pelo fato de não haver crédito fiscal escriturado, apurado na forma dos Regimes Especiais aos quais estão submetidos a Autuada (vide fls. 18 a 20 e 23 a 25), no livro de Registro de Apuração do ICMS*”. (sic)

Conclui que “*a ação fiscal observou, expressamente, os dispositivos dos RE nº 11271/2009 (Sipro 050250/2009-9) e 24502/2005 (Sipro 221082/2009-8), assim como a escrituração no livro Registro e Apuração do ICMS da Autuada*”. (sic)

Finaliza requerendo a procedência do auto de infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de oito infrações.

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos (de 07/2010 a 12/2010), contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração (07/04/15), com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação.

A esse respeito adoto o posicionamento, prevalente neste CONSEF, do Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes externado no Acórdão CJF nº 0107-12/15, reproduzido a seguir:

“Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “*a quo*”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, *in verbis*, dispositivo cuja eficácia não pode ser negada por este órgão (art. 167, III, RPAF/1999).

“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; 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”.

Relativamente à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que o instituto em tela (decadência) é de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS praticados anteriormente à vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o Recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmáticos se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI N°. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP N° 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI N°. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97,

convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI , publicado no DJU de 10/11/2003).

Assinale-se que a PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedural, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência”.

Em consequência, fica rejeitada a alegação de decadência.

No mérito, o sujeito passivo não se insurgiu contra a acusação fiscal, alegando tão somente que o preposto fiscal não levou em consideração os créditos a que teria direito pela entrada das mercadorias que foram transferidas para as filiais e cujo débito foi lançado neste auto de infração.

Ora, como dito anteriormente, esta ação fiscal foi realizada porque o contribuinte adquiriu mercadorias para comercialização e as transferiu sem tributação para as suas filiais, quando tinha permissão para fazê-lo apenas em relação aos produtos resultantes de seu processo produtivo (pães, docinhos, salgados etc), como previsto nos regimes especiais concedidos pela Secretaria da Fazenda (Regimes Especiais nºs 11271/2009 e 24502/2009), consoante os documentos acostados às fls. 18 a 25 dos autos.

Dessa forma, fácil é depreender-se que, quando da entrada dessas mesmas mercadorias adquiridas para comercialização, o valor do imposto destacado nas respectivas notas fiscais já foi devidamente apropriado em sua escrituração como crédito fiscal, não havendo que se falar em novo creditamento, sob pena de duplidade.

Pela razão acima exposta, rejeito o pedido de realização de diligência ou perícia contábil, formulado pelo autuado, para a quantificação do crédito das entradas das mercadorias e abatimento do valor do débito de ICMS, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0085/15-0**, lavrado contra **PERINI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$431.850,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA