

A. I. Nº - 274068.0001/15-2
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/16

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. BASE DE CÁLCULO. DEC. Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA. Não acolhido o argumento de decadência parcial, tendo em vista que com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81, porém, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária então vigente. Não foram suscitadas questões de mérito. Acusação subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO INDEVIDA. a) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUENTES. b) VENDAS PARA CONTRIBUENTES DESABILITADOS. 3. ESTORNO DE CRÉDITO. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Itens não impugnados e reconhecidos. Acusações mantidas. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração expedido em 24/03/2015 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$58.556,00 tendo em vista as seguintes acusações:

1 - Recolheu a menor o ICMS no total de R\$57.999,56 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente ao período de janeiro/2010 a junho/2010. Consta, a título de complemento, o que segue: "*O valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS foi inferior ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), nos meses de janeiro a junho de 2010. Portanto, o contribuinte não faz jus a redução da base de cálculo em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), conforme o inciso I, do art. 1º do Decreto 7.799/00. Tudo conforme USO DEC 7.799/00 SEM ATINGIR O PERCENTUAL MÍNIMO - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA - 2010 - ANEXO 1 e anexos 6 a 10, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte*". Foi aplicada multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - Recolheu a menor ICMS no valor de R\$77,75 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta a título de complemento: "*O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributáveis para não contribuintes (isentos) utilizando o benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto 7.799/00, porém este benefício só é previsto para das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, conforme o art. 1º do Decreto 7.799/00. Tudo conforme DEC. 7.799/00 - VENDAS PARA NÃO CONTRIBUENTES - ISENTOS E ESPECIAL - ANEXO 2, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte*". Foi aplicada multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

3 - Recolheu a menor o ICMS no valor de R\$10,82 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta a título de complemento: "*O contribuinte efetuou saídas de*

mercadorias tributáveis para cancelados utilizando o benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto 7.799/00, porém este benefício só é previsto para as saídas destinadas a contribuintes do ICMS, conforme o art. 1º do Decreto 7.799/00. Tudo conforme DEC. 7.799/00 - VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESABILITADOS - ANEXO 3, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte". Foi aplicada multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

4 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$467,97 relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta a título de complemento: "O contribuinte efetuou estorno de crédito inferior ao estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00, que determina que os créditos fiscais relativos a mercadorias, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Decreto nº 7.799/00, não pode exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição de mercadorias. Tudo conforme DEC. 7.799/00 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR - ANEXO 4, DEC. 7.799/00 - PORCENTAGEM PARA ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR - ANEXO 5, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte". Foi aplicada multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

Regularmente cientificado, o autuado, por intermédio dos seus patronos, ingressou com impugnação parcial ao lançamento, fls. 63 a 83, destacando inicialmente que irá efetuar o pagamento das infrações 02, 03 e 04 e que se defenderá da infração 01 nos termos a seguir sintetizados.

Desta forma, arguiu a nulidade do Auto de Infração por afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, citando que foram-lhe imputadas quatro infrações no presente Auto de Infração, sendo que, apesar de considerar este número bastante elevado, há de ressaltar que além do presente Auto de Infração, foram lavrados mais quatro autos de infração, que no total somam trinta e quatro infrações, os quais são: 274068.0004/15-1; 207121.0001/15-8; 274068.0003/15-5 e 274068.0002/15-9, todos com ciência no dia 01/04/2015.

Questiona em seguida que, diante deste contexto, mesmo se levando em consideração o novo prazo de 60 dias previsto em lei, será que seria razoável e de bom senso que o Impugnante possa exercer, de forma plena, o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, em relação a estas 38 infrações (que juntas somem cerca de 1.000 páginas) em tão curto espaço de tempo?

Frisa que diante de todas as supostas infrações, e levando-se em consideração o pequeno valor de algumas delas, achou por bem realizar o pagamento das mesmas, a fim de poder concentrar suas atenções às infrações de maior valor econômico.

Neste diapasão, transcreve Voto vencido proferido nos autos do AI nº 206881.0002/12-3 onde o Conselheiro Relator entendeu que o direito à ampla defesa e ao contraditório havia sido tolhido, ressaltando que nesse julgamento mais dois Conselheiros seguiram o seu voto, este que apenas não anulou o Auto de Infração em virtude, tão somente, do voto de qualidade do Presidente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Pondera que diante de tamanho prejuízo, o Poder Judiciário também já se manifestou a respeito da questão, nos autos da Ação Anulatória nº 0553332-16.2014.8.05.0001, conforme se pode visualizar na r. sentença em anexo.

Ante estes argumentos, requer que a anulação do presente Auto de Infração, em virtude do seu direito ao contraditório e à ampla defesa ter sido tolhido.

Em seguida, passa a arguir a ocorrência de decadência parcial na infração 01 citando que tomou ciência do Auto de Infração em 01/04/2015, ficando, naquela data, constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos anteriores à 01/04/2010. Assim, diz que comprovará

que os fatos tidos como geradores da obrigação tributária ocorridos anteriores à data acima encontram-se decaídos, e precisam ser excluídos da autuação fiscal, porque cabendo ao Contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, sem prévio exame da autoridade administrativa, há que se classificar o referido tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN.

Desta forma, defende que o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário cuja lavratura e ciência do Impugnante ocorreu em 01/04/2015, não pode alcançar lançamentos anteriores a 01/04/2010, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos anteriores a esta data. Cita e transcreve, a título de exemplo, precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Menciona, também, que o Poder Judiciário não se afasta dessa linha, e reproduz a ementa do acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência nº 101.407-SP (98.88733-4), em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Ari Pagendler:

“Tributário. Decadência. Tributos. Sujeitos ao Regime do Lançamento por Homologação. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (...).

Pontua que corroborando com os ditames acima, ressalta que a Lei nº 13.199, de 28/11/2014, determinou a revogação do art. 107-A do Código Tributário da Bahia e, com isto, esta revogação extinguiu grande celeuma existente dentro do sistema tributário estadual, vez que o art. 107-A estabelecia um prazo quinquenal genérico para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, destoando das regras gerais fixadas pelo Código Tributário Nacional, mencionando ainda que o Código Tributário da Bahia, ao regular os prazos decadenciais, apenas incorporou o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, olvidando-se da regra consubstanciada no art. 150, § 4º, e que caberia ao COTEB fazer o mesmo, seguindo as normas gerais do Código Tributário Nacional, asseverando também que se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador, enquanto que, nos casos em que não ocorreu a antecipação do pagamento, o prazo inicial da decadência é contado a partir do primeiro dia do ano seguinte em que o lançamento deveria ter sido efetuado, conforme o art. 173, inciso I do CTN. Cita entendimento da i.Ministra Eliana Calmon postulado em julgamento no STJ 2ª T., AgRg nº Ag. 939.714/RS).

Afirma que é indubitosa a possibilidade de se contar o prazo decadencial de tributo sujeito à homologação, como é o ICMS, a partir da ocorrência do fato gerador, entretanto, o Código Tributário da Bahia não previa tal contagem, o que suscitava grandes discussões no cenário da advocacia baiana. Todavia, o impasse foi solucionado com a Lei nº 13.199/14 que, ao revogar o art. 107-A do COTEB, concretizou uma adequação material da legislação baiana ao ordenamento tributário pátrio.

Passa a discorrer acerca do caráter interpretativo do art. 8º da Lei nº 13.199/14 e da sua retroatividade, sendo que este artigo extinguiu todas as dúvidas existentes, ao revogar o tratamento genérico dado pelo COTEB a esta questão. Deste modo, defende que não houve a criação de uma nova disposição, ao tempo em que a revogação apenas consolidou a aplicação das regras gerais do CTN, já existentes, não havendo qualquer inovação e que o sentido finalístico da norma não foi o de alterar o sistema jurídico tributário, o legislador apenas se limitou a esclarecer dúvidas atinentes ao dispositivo anterior, permitindo o bom emprego do CTN.

Sustenta que o art. 8º da Lei nº 13.199/14 tem função interpretativa, e, como tal, merece efeito retroativo, com fulcro no art. 106, I, do CTN. Cita, a este respeito, interpretação do i. Ministro

Luiz Fux, ao tratar deste tema no Recurso Especial nº 1.147.633 (STJ - AgRg no REsp: 743347 SP 2005/0063743-7), mencionando, ainda entendimento do doutrinador Thiago Figueiredo Lima.

Pontua, também, que eventuais alegações a respeito da inconstitucionalidade do art. 106, I, do CTN não merecem atenção, tendo em vista a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a retroatividade da lei tributária interpretativa, cujo teor transcreveu, (DJ 05-03-1993 PP-02897 EMENT VOL-01694-02 PP-00252).

Passa a discorrer a respeito dos efeitos retroativos do art. 8º da Lei nº 13.199/14 ao caso em questão, advogando que revogado o disposto no art. 107-A, indevida a utilização de seus preceitos, e, aplicando-se retroativamente os efeitos de tal revogação, percebe-se a necessidade do aproveitamento das regras gerais do CTN, sustentando que empregando retroativamente o disposto no art. 8º da Lei nº 13.199/14 ao caso em questão, percebe-se que os lançamentos dos créditos tributários atrelados aos meses de janeiro de 2010 à março de 2010 estão maculados pela decadência, sendo que os débitos fiscais neles consubstanciados, são inexigíveis e suas cobranças, por conseguinte, abusivas.

A este respeito transcreve voto vencido do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, deste CONSEF, nos autos do Auto de Infração nº 206919.0007/13-1, bem como entendimento do STJ, para destacar que seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que houve o recolhimento a menos do ICMS, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos.

Conclui dizendo que espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados referentes aos períodos anteriores à 01/04/2010, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Finalmente requer que seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração, tendo em vista a violação ocorrida ao seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, e, pelo princípio da eventualidade, caso não entendam pela nulidade, requer que seja reconhecida a decadência ocorrida na infração 01, devido ao fato de terem se passado mais de 05 anos entre a data do fato gerador (janeiro a março de 2010) e a data da ciência do Impugnante (01/04/2015).

A autuante, por sua vez, prestou informação fiscal, fls. 123 a 128, aduzindo que a autuada citou que irá efetuar o pagamento das infrações 2, 3 e 4, e requereu a nulidade do Auto de Infração devido ao elevado número de infrações, bem como a decadência da infração 1 para os meses de janeiro a março de 2010.

Quanto ao pedido de nulidade informa que os cinco autos lavrados são referentes a três filiais. Os autos 274068.0001/15-2 e 274068.0002/15-9 são da filial com IE: 72.567.935; os autos 274068.0003/14-5 e 274068.0004/15-1 são da filial com IE: 82.462.062; e o auto 207101.0001/15-8 é da filial com IE: 77.593.840. Portanto, trata-se de três trabalhos de auditoria, destacando que *"o que determina a quantidade de infrações é a quantidade de não observâncias a legislação tributária cometida pelo contribuinte. A fazenda tem o direito e dever de reclamar o crédito tributário"*.

Quanto a arguição de decadência parcial, com base no art. 150, I do CTN, diz que esta alegação não prospera porque esse dispositivo do CTN tem validade para as situações em que a lei não estabelece o prazo de homologação, mencionando que o próprio CTN, no art. 173, I, estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Pontua que a autuada cita diversas decisões e argui que a revogação do art. 107-A da Lei 3.956/81 atinge os fatos gerados antes de 01.04.2010, acrescentando que a revogação do art. 107-A da Lei 3.956/81 dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. A este respeito cita o Acórdão JJF nº 0067-04/15 onde firmou-se o entendimento de que, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente, a exemplo das recentes decisões proferidos pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJF nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Desta maneira, diz que, como existe lei que estabelece o prazo de homologação, não se aplica a decadência antes de 01.01.2016, ao tempo em que os fatos geradores de 2010 só estariam decaídos em 01.01.2016 e, como o Auto de Infração foi lavrado em 2015, não houve decadência.

Manteve a autuação na íntegra.

Às fls. 132 a 135 foram juntados extratos de parcelamento de débito no valor histórico de R\$22.023,37, emitidos através do sistema SIGAT / SEFAZ referente as ocorrências com vencimento em 30/04/10, 31/05/10 e 30/06/10 para a infração 01 e integralmente para as infrações 2, 3 e 4, enquanto que às fls. 136 a 138, consta o Processo SIPRO nº 105371/2015-7 dando conta do pedido de parcelamento do débito no valor acima mencionado.

VOTO

O autuado, em preliminar, suscitou a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que além deste Auto de Infração foram expedidos pelo Fisco outros quatro autos, contra o mesmo, todos com ciência no dia 01/04/2015, os quais somados, totalizam 34 (trinta e quatro) infrações. Com isso, alega ser impossível exercer de forma plena o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, no espaço de tempo de 60 (sessenta) dias.

Não vejo como se sustentar este argumento defensivo. Isto porque, os Autos de Infração foram lavrados, contra estabelecimentos do mesmo titular, porém distintos, portanto teriam que ser segregados por inscrição estadual.

Em segundo, a defesa é feita individualmente, e não em bloco, sendo que, no caso destes autos, constam apenas 04 (quatro infrações) onde o autuado reconheceu como devidas e efetuou o pagamento de três delas, e se defendeu apenas parcialmente em relação a primeira infração, assim mesmo, a parte defendida se limitou apenas a questão de preliminar de mérito, não adentrando à parte meritória da acusação, o que, tacitamente implica em um reconhecimento do lançamento. Desta maneira, não se sustenta o argumento de que teve de se concentrar suas atenções às infrações de maior valor econômico, pois neste caso, inexisteram.

Ademais, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, não estabelece limite de infrações a serem imputadas por cada Auto de Infração, e, no caso sob apreciação, convenhamos, não houve qualquer exagero. O RPAF/BA apenas orienta que poderá ser lavrado mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, para cada estabelecimento, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão (Art. 40).

Quanto ao voto citado pela defesa referente a julgamento realizado neste CONSEF, referente ao Auto de Infração nº 206881.0002/12-3, em nada lhe socorre visto que: a) se trata de voto vencido e não reflete a posição majoritária deste órgão julgador; b) no citado auto de infração constavam 14 (quatorze) infrações, diferentemente do que se ora analisa, que contém apenas quatro acusações sendo defendida apenas parte de uma destas infrações, mesmo assim, apenas em relação a questão de ordem preliminar. No que toca à sentença proferida pela 11ª Vara da Fazenda Pública, relacionada a Ação Anulatória nº 00553332-16.2014.8.05.0001, em relação ao mencionado Auto de Infração, ela está sujeita ao duplo grau de jurisdição, portanto não é definitiva.

Não acolho, portanto, a preliminar de nulidade do Auto de Infração, vez que não se configurou qualquer afronta ao direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado, que o exerceu sem qualquer dificuldade.

Passo ao exame da prejudicial de mérito, ocorrência de decadência parcial do Auto de Infração, para os períodos anteriores a 01/04/2010, ou sejam, janeiro, fevereiro e março/2010. A este respeito, vejo inicialmente que na data dos fatos geradores apurados nos períodos mencionados encontrava-se em vigor a redação do Art. 107-A, I, do COTEB, no qual se previa que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Com o advento da Lei nº 13.199, de 28 de novembro de 2014, através do seu Art. 8º, foi revogado o Art. 107-A do COTEB, contudo, como o Art. 9º da citada Lei previu sua vigência a partir da data de sua publicação, e, como o Art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, entendo que deve ser aplicada, à espécie, a lei vigente ao tempo dos fatos geradores, qual seja, o Art. 107-A do COTEB.

Observe, também, que o § 4º do Art. 150 do CTN, dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, situação esta em que se fundamentou a legislação pertinente no Estado da Bahia, no Art. 107-A, inciso I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para fixar *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*, nos termos previstos no Art. 173, I, do CTN.

Nesta ótica, quando da lavratura do Auto de Infração em 24.03.2015 não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2010, cujo termo final seria em 31/12/2015.

Saliento que a legislação baiana, vigente à época dos fatos geradores, conforme disposto no Art. 107-A do COTEB, estabeleceu marco temporal diferenciado para contagem do prazo decadencial, ancorada no permissivo normativo constante no Art. 150, § 4º, c/c o art. 173, I, do CTN. Ressalto mais uma vez que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81, porém, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária então vigente, entendimento este que vem prevalecendo de forma majoritária nos diversos julgamentos realizados por este CONSEF.

Por fim e tendo em vista que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade na legislação posta (Art. 167, I do RPAF/BA), deixo de acolher a arguição de decadência parcial da infração 01 e, como não houve qualquer contestação ao mérito da autuação, voto pela Procedência integral do presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos mediante o parcelamento de débito nº 763415-3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0001/15-2** lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.556,00** acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, incisos II "a" e VII "b" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, cabendo ao órgão competente homologar os pagamento efetuados através do parcelamento de débito nº 763415-3.

Sala das Sessões do CONSEF, em 09 de junho 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA