

PROCESSO - A. I. Nº 207102.0009/13-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VINÍCOLA OURO VERDE LYDA.
RECORRIDOS - VINÍCOLA OURO VERDE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0150-05/16
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0034-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE RETORNO SIMBÓLICO DE ARMAZEM GERAL LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. De ofício, a Prejudicial de Decadência dos períodos de Jan/08 à out/08. Auto de Infração lavrado em set/08 com ciência dada pelo autuado em out/08. No mérito, o CFOP destacado nas notas de venda não foi utilizado corretamente. Àqueles períodos em que o débito destacado nas notas de venda foram maiores do que os créditos apropriados pelas notas de retorno simbólico da armazenagem, não passaram, pelo crivo do autuante. O sujeito passivo não conseguiu fazer o vínculo entre as operações, mesmo após a realização de duas diligências, sendo-lhe oferecido um prazo de 60 dias. Prevalência, no caso concreto, do princípio da verdade material. Reduzido o valor do débito originalmente apurado no lançamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2013 que exige ICMS no valor total histórico de R\$1.982.901,08, em decorrência do cometimento de duas infrações, sendo objeto dos presentes Recursos a Infração 2, conforme abaixo:

Infração 2 - Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter se utilizado de crédito fiscal referente a retorno simbólico de armazém geral, cuja operação é alcançada com não incidência do imposto e a nota fiscal deveria ter sido emitida sem destaque do ICMS, conforme art. 681, § 1º, do RICMS-BA/97. Fatos geradores ocorridos nos meses de jan a dez de 2008 e jan e jul 2009. Valor exigido: R\$1.946.458,31. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Por meio de seu advogado, o sujeito passivo apresentou defesa às fls. 133 a 146, desenhando o fluxo da operação realizada com o armazém geral, explicando que assim como houve o crédito indevidamente escriturado houve também o débito pelas notas de venda, desta forma, requerendo pela improcedência da Infração 2 ou a produção de prova pericial para demonstração de seu direito.

O autuante apresentou a Informação Fiscal às fls. 188 e 189, entendendo que existia plausibilidade nos argumentos do autuado e desta forma acabou acatando as alegações defensivas, elaborando novos demonstrativos anexos às fls. 190 a 282, reduzindo o crédito inicial lançado de R\$1.946.458,31 para R\$285.493,72.

Nessa esteira a instrução foi concluída, contudo na assentada no julgamento, a 5ª JJF deliberou pela conversão do PAF em diligência, a fim de conhecer as vinculações de valores e quantidades entre as notas fiscais com créditos e débitos indevidamente destacados.

Após ser oferecido o prazo de 30 dias e depois de mais 30, para elaboração dos demonstrativos pelo autuado, o mesmo apresentou sua manifestação às fls. 321 a 323 e anexado a esta o levantamento realizado nas fls. 326 a 387, com a relação de todas as notas que geraram créditos e débitos escriturados indevidamente.

Em seguida o autuante prestou nova Informação Fiscal, em razão do novo levantamento realizado pelo autuado e novamente acatou parte de suas alegações, reduzindo a Infração desta vez para R\$138.547,12.

Novamente o autuado se manifestou nos Autos, nas fls. 397 e 398, anexando o último demonstrativo à fl. 399 e após este ato a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JfF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante do presente Acórdão.

No tocante à infração 01, relacionada à cobrança do ICMS VINCULADO AO PROGRAMA DE INCENTIVO DESENVOLVE, foi apurado erro imputável ao sujeito passivo na determinação da parcela do imposto sujeita à dilação de prazo de recolhimento. Não houve contestação, por parte do contribuinte, dessa exigência fiscal que totalizou a cifra de R\$36.442,77. A inexistência de impugnação dos fatos e valores lançados implica em reconhecimento tácito do cometimento da infração. Aplica-se ao caso o disposto no art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, com a seguinte redação: “Art. 140 – O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”. O Item 01 do A.I., portanto, é totalmente procedente.

Na infração 02, a exigência fiscal recaiu sobre o creditamento indevido de ICMS nas operações de retorno simbólico de armazém geral localizado em outra unidade da Federação, cuja operação é alcançada pela não incidência do imposto. A referida operação deveria ter sido acobertada por nota fiscal, sem destaque do ICMS, em conformidade com o disposto no art. 681, § 1º, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Observe, entretanto, que a questão demanda maior detalhamento, visando o entendimento dos fatos verificados na ação fiscal e a correta e justa aplicação da legislação do ICMS.

A empresa autuada é uma vinícola, localizada do Estado da Bahia, no município de Casa Nova, que no período fiscalizado firmou com a empresa War Logística e Armazéns Gerais Ltda., situada na capital no Estado de São Paulo, contrato de depósito a fim de que seus produtos (principalmente vinhos e sucos de uva) tivessem com aquele estabelecimento um ponto de partida até os consumidores finais objetivando operacionalizar de forma satisfatória e com maior eficiência as suas operações de vendas no território paulista.

Ficou constatado nos autos, que as operações de saídas reais ou físicas dos produtos fabricados pela Vinícola Ouro Verde para a empresa War Logística e Armazéns Gerais Ltda. – sediada em São Paulo, foram tributadas normalmente, à alíquota interestadual, seguindo a prescrição normativa contida no art. 677, inc. I, letra “e”, do RICMS/97, aplicável aos fatos geradores fiscalizados (Saída de Mercadorias para Armazém Geral Localizado em Estado Diverso Daquele Onde Esteja Situado o Estabelecimento Destinatário).

Foi certificado que essas operações de remessa real para o estabelecimento de Armazém Geral localizado em outra unidade da Federação geraram imposto em favor do Estado da Bahia.

Por sua vez, na etapa subsequente verificada no território de São Paulo, através de operações promovidas pelo referido Armazém Geral nas saídas por conta e ordem da Vinícola para clientes/consumidores finais, houve, igualmente, emissão de notas fiscais, com tributação pelo ICMS, dando cumprimento ao disposto no art. 673, § 2º, inc. I, letra “d”, do RICMS/97, em conjunto com as prescrições da legislação paulista (Saída de Mercadorias de Armazém Geral Localizado em Estado Diverso Daquele Onde Esteja Situado o Estabelecimento Depositante com Destino a Outro Estabelecimento).

No entanto, a Vinícola Ouro Verde, ora impugnante, em latente desatenção à legislação baiana, por ocasião das vendas das mercadorias, emitia também notas fiscais de saídas para os adquirentes finais situados em São Paulo como se as operações tivessem ocorrido através de armazém geral localizado no Estado da Bahia. Em decorrência disso, a impugnante realizava, indevidamente, em desacordo com o previsto no art. 673, § 2º, inc. II, letras “a”, “b”, “c” e “d”, do RICMS/97, os respectivos destaques do ICMS nos documentos fiscais por ela emitidos, muito embora as mercadorias tivessem como ponto de saída o Armazém Geral situado no município de São Paulo, Estado em que se processava a efetiva circulação física dos produtos comercializados para os clientes do autuado. Essas notas fiscais de remessas simbólicas deveriam ter sido emitidas pelo autuado sem destaque de ICMS no campo “débito do imposto”.

Em contrapartida, o Armazém Geral, estabelecido em São Paulo, após a realização das operações de vendas aos clientes do autuado, por conta e ordem desta, emitia notas fiscais, também com destaque indevido do ICMS, relativamente aos retornos simbólicos das mercadorias para o estabelecimento da impugnante, situado no território baiano, em contrariedade ao disposto no art. 681, § 1º, do RICMS-BA, conforme já indicado linhas acima.

Sustenta a defesa que o seu proceder ainda que em inobservância à legislação do ICMS do Estado da Bahia não acarretou prejuízo para o erário, que resultasse em falta de pagamento do tributo, uma vez que não se vislumbrou com tal prática o recolhimento a menor de imposto ou o creditamento indevido. Pontuou, que ao emitir as notas de vendas, mesmo que de forma equivocada, o respectivo destaque do ICMS foi realizado e pago pela impugnante, gerando, em decorrência, o direito ao crédito, o qual restou configurado por meio das notas fiscais emitidas pelo armazém geral quando da devolução simbólica das mercadorias comercializadas.

O autuante, por sua vez, glosou os créditos relativos a todas as entradas em retorno simbólico, não observando, ao tempo da ação fiscal, qual o tratamento dado pelo contribuinte nas notas fiscais de saídas, a título de remessas simbólicas, também emitidas pelo autuado.

Na informação fiscal o autuante consignou haver plausibilidade nos argumentos do contribuinte, fazendo referência inclusive a um possível processo de restituição.

Ainda na peça informativa, apesar de ter afirmado ser inafastável a procedência da autuação, ponderou que a conduta do contribuinte pode não ter gerado prejuízo ao Tesouro da Bahia, vez que o imposto indevidamente destacado ensejaria crédito aos contribuintes situados fora do Estado. Porém o autuante vislumbrou dificuldades para a empresa autuada obter anuidade de milhares de adquirentes apontados nas notas fiscais de saídas em relação ao imposto indevidamente destacado.

Foi, então, considerada, na informação fiscal, a hipótese de abatimento do crédito indevido com os valores dos débitos também indevidos, erroneamente destacados nas saídas ocorridas no mesmo período mensal. Seguindo essa linha de entendimento, o autuante apresentou, na peça informativa, uma solução, avaliada como a razoável e sem maiores danos ao Tesouro Estadual. Visando auxiliar o Colegiado da JJF na visualização desta alternativa e como antecipação de uma possível diligência, o autuante elaborou planilhas contendo demonstrativos dos créditos indevidos resultantes do abate dos débitos também indevidos nas saídas, nos respectivos períodos mensais, conforme anexos às folhas 192/282 e detalhamento das operações, por notas fiscais e correspondentes CFOPs. A quantificação do novo valor do débito para a infração 02 foi, por sua vez, consolidado no demonstrativo de apuração mensal, juntado às fls. 190/191, totalizando a cifra de R\$285.493,72.

O colegiado da Junta de Julgamento, diante dos fatos relatados no processo e frente à solução vislumbrada pelo autuante para o acerto do crédito tributário lançado, determinou que o PAF fosse convertido em diligência ao autuante visando o estabelecimento de vinculações entre os documentos emitidos para acobertar as saídas e retornos simbólicos que resultaram em créditos e débitos indevidamente lançados na escrita fiscal do sujeito passivo. No mesmo procedimento, foi também determinado que o autuante demonstrasse e explicitasse, de forma detalhada, a metodologia adotada na elaboração das planilhas anexadas na fase de informação fiscal, concedendo-se, em seguida prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte pudesse se manifestar no processo, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O referido pedido de diligência foi apensado às fls. 290/291 dos autos.

Em nova deliberação do colegiado da JJF (fls. 316/317), o prazo para manifestação do sujeito passivo foi objeto de prorrogação por mais 30 (trinta) dias, diante da complexidade dos números envolvidos na autuação. Findo o prazo estabelecido, o contribuinte, em nova petição firmada por seus representantes legais, apresentou os demonstrativos (planilhas – fls. 326 a 387), com o detalhamento das operações com débito de ICMS, acobertadas pelas notas fiscais de remessa para o Armazém Geral, localizado em SP (WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA), e as notas fiscais de vendas (remessas simbólicas) para seus clientes localizados também em SP, sendo que nestes documentos relacionados às remessas simbólicas ficou demonstrado documentalmente que houve o indevido destaque do imposto e os correspondentes lançamentos dos débitos na escrita fiscal do autuado, no livro Registro de Saídas de Mercadorias, posteriormente transferidos para o livro de apuração do imposto.

Na mesma planilha foram também detalhadas, mês a mês, as notas fiscais de devoluções simbólicas processadas pelo Armazém Geral - SP (WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA) em que houve também a demonstração probatória do indevido destaque do ICMS, ensejando o lançamento, pelo estabelecimento autuado, dos créditos fiscais integralmente glosados pela fiscalização e lançados escrituralmente no livro Registro de Entradas de Mercadorias e transferidos, em seguida, para o livro Registro de Apuração do imposto.

Após o cotejamento entre os valores lançados indevidamente a título de débitos e de créditos, vinculados às remessas simbólicas (saídas e retornos/entradas), a empresa autuada afirma remanescer em sua escrita fiscal, créditos indevidos que totalizam o valor de R\$68.645,87.

Instado a se manifestar acerca dos cálculos efetuados pela defesa, o autuante, à fl. 390, concorda parcialmente

com os resultados apresentados na manifestação do contribuinte, com exceção dos períodos mensais de setembro a dezembro de 2008 e de junho a julho de 2009. É que nesses períodos mensais a empresa autuado apurou débitos indevidos maiores que os créditos indevidos. Na apuração do autuante, o creditamento indevido, após exclusão daqueles meses em que houve débitos fiscais em valores superiores aos créditos fiscais, totalizou a cifra de R\$138.547,12, conforme detalhamento constante da planilha juntada às fls. 391/392.

A empresa, por sua vez, na manifestação acostada às fls. 397/398 dos autos, reitera que não agiu de má fé e que devem ser considerados no cálculo da infração 02, após revisão fiscal, os valores que foram lançados e apurados a débito do imposto, nos meses de setembro a dezembro de 2008 e nos meses de junho a julho de 2009.

Nessa perspectiva e diante dos números e provas apresentados nos autos no decorrer da instrução processual, adoto na solução dessa lide o entendimento reiterado deste CONSEF e explicitado na Lei 7.014/96 de que só remanesce a acusação de creditamento indevido quando após análise da conta corrente fiscal do contribuinte se constata que os lançamentos dos créditos ilegítimos, pelas entradas reais ou simbólicas, suplantam os débitos advindos das operações de saídas, reais ou simbólicas do contribuinte, repercutindo em recolhimento a menor do imposto nos respectivos períodos de apuração mensal.

Partindo-se dessa premissa é que se determinou a realização de duas sucessivas diligências, conforme termos de fls. 290/291 e fls. 316/317. Buscou-se, nessas revisões, se dar plena e total eficácia ao princípio da verdade material, com o objetivo de se obter a certificação da real repercussão financeira dos lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal no tocante aos débitos e créditos indevidamente destacados nos documentos fiscais de remessas e retornos simbólicos, realizadas entre o estabelecimento autuado e a empresa de armazenagem, localizada em São Paulo, com posterior registro dessas operações nos livros destinados à apuração do ICMS.

Após esse acerto restou demonstrada como único ponto de divergência entre autuante e autuado, os valores relacionados aos períodos mensais de setembro a dezembro de 2008 e de junho a julho de 2009. É que nesses períodos a empresa autuado apurou débitos indevidos maiores que os créditos indevidos, de forma que a acusação de crédito indevido resultou desconstituída, porém, remanescendo valores, nesses meses, de pagamentos de ICMS a maior em favor do Estado.

O autuado, na sua última intervenção nos autos, através da Manifestação acostada às fls. 397/398, e na intervenção operada na sessão de julgamento, via sustentação oral promovida por seu advogado, Dr. João Carlos Franzoi Basso (procuração - fl. 287), esclareceu que os débitos a maior apurados nos meses acima referidos estão relacionados a operações de devolução de vendas promovidas por seus clientes situados em São Paulo.

Essas operações de devolução não devem compor a revisão da conta corrente do ICMS processada pelo autuante e pela empresa, nas sucessivas revisões determinadas por esta JJF, visto que são fatos posteriores e estranhos à autuação. Cingiu-se a revisão da conta corrente fiscal do ICMS tão somente às operações de remessas e retornos simbólicos verificados entre o estabelecimento autuado e o Armazém Geral estabelecido em São Paulo, ou seja, aos débitos e créditos indevidos destacados nos documentos fiscais emitidos por estes contribuintes. Já as transações comerciais posteriores promovidas pelo Depósito Fechado em São Paulo, por conta e ordem da Vinícola, inclusive os eventuais desfazimentos de negócios e devoluções de vendas, não integram as operações revisadas e devem ser objeto de processo autônomo de iniciativa do contribuinte, dentro do prazo decadencial para que possa ser processado o eventual e possível pedido de restituição de indébito.

Frente ao acima exposto, a infração 02 fica reduzida de R\$1.946.458,31 para R\$138.547,12, adotando-se na solução da lide, as razões de fato e de direito acima expostas e os valores mensais apurados pelo autuante, na revisão de fls. 390/391, com correspondente Demonstrativo de Débito anexado à fl. 392.

No que se refere à penalidade lançada no item 02 no Auto de Infração, no percentual de 60% do valor do imposto, remanesce a cobrança vinculada ao principal em razão do contribuinte não ter comprovado a absorção integral dos créditos indevidos com os débitos também indevidos, após revisão da sua conta corrente fiscal nas duas diligências determinadas por este órgão julgador. Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

De ofício, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua própria Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Renitente com a Decisão, o requerente interpôs Recurso Voluntário às fls. 424 a 434, requerendo a reforma parcial da r. Decisão.

Assim como em sua impugnação, ataca o lançamento da Infração 2 e se abstém de discutir o lançamento da Infração 1.

Alega que, como já fora constatado, o recorrente além dos créditos indevidos cobrados na

Infração 2, lançou também em sua escrita os débitos indevidos, quando da venda das mercadorias remetidas anteriormente para armazém geral.

Entende como acertada a Decisão da JJF, que julgou favorável pela redução do valor inicialmente cobrado, todavia, questiona o procedimento de compensação restrito ao período de apuração mensal. Desta forma, pede pela extensão da Decisão, para que seja reconhecido o direito à compensação também dos débitos de ICMS dos períodos de apuração de setembro a dezembro de 2008 e de junho e julho de 2009, com créditos indevidos de outros períodos.

Reitera os argumentos trazidos na impugnação.

Por fim, traz conceitos e ensinamentos sobre o ICMS, o princípio da não cumulatividade e o consequente direito ao crédito, para pedir que seja reconhecido o direito à compensação integral dos créditos e débitos apropriados em desacordo com a legislação estadual, independente do período de apuração mensal, reconhecendo que ainda restará o valor de R\$68.645,87 (conforme planilha da fl. 326) a ser pago pelo recorrente.

Não houve Parecer da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$1.982.901,08, em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações, referente aos exercícios de 2008 e 2009, sendo objeto dos presentes Recursos apenas a Infração 2, no valor inicial cobrado de R\$1.946.458,31.

O autuado é uma empresa fabricante de vinhos e comerciante de outras mercadorias, contribuinte do ICMS no estado da Bahia, que apura o imposto pelo regime de conta corrente fiscal e que no período autuado realizou remessas ao estado de SP, para o Armazém Geral “*war logística e Armazéns Gerais Ltda.*”, já que não possuía espaço físico para armazenamento e gerenciamento de seu estoque, como também com o intuito de facilitar sua logística, tendo um ponto de saída dos produtos até os consumidores finais localizados naquele mesmo estado.

A problemática desta lide reside no fato de, nas notas fiscais de retorno simbólico do Armazém Geral, ter sido destacado o ICMS e o autuado ter aproveitado o crédito indevidamente em sua escrita. Todavia, ao emitir a NF de venda a seus consumidores, também destacou erroneamente o ICMS, procedendo com o consequente lançamento a débito em sua escrita, uma vez que o imposto já teria sido pago na primeira NF de remessa (para armazenagem) conforme determina a legislação baiana para esse tipo de operação.

A legislação da época que doutrinava sobre a forma de emissão das notas fiscais dessa natureza, bem como a forma que as mesmas deveriam ser escrituradas, consta no RICMS/BA/97, vigente há época dos fatos, em seu Art. 681, que trata da transmissão da propriedade de mercadorias que devam permanecer em armazém geral localizado em estado diverso daquele onde esteja situado o depositante e transmitente.

O Recurso de Ofício tem origem na redução do valor inicialmente cobrado na segunda infração, realizada pelo próprio autuante, desonerando mais de 90% do valor lançado, ajuste esse homologado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e que passo agora a tratar.

Cabe-me esclarecer, que desde a lavratura do Auto de Infração, o autuante se dispôs a compensar o imposto destacado erroneamente nas notas fiscais de venda ao consumidor, realizada pelo autuado. Isso consta expressamente no levantamento inicial por ele realizado. Acontece que, pelo que pude observar, de início o autuante ao encontrar o montante creditado indevidamente, acabou considerando para compensação apenas as notas fiscais escrituradas nos livros de saída do sujeito passivo com a coluna de “observação” contendo a seguinte mensagem: “A MERCADORIA SAIRA DA EMPRESA WAR LOG. E ARMAZ. GERAIS LTDA CNPJ 08.491.183.0001/05 END. AV

MENDE”. À partir deste procedimento de “compensação” é que o mesmo realizou o lançamento da Infração 2, ora analisado.

Todavia, ao apresentar sua impugnação, bem como em suas manifestações, o autuado alegou que o ICMS de várias notas fiscais de venda não havia sido considerado no levantamento inicial, inclusive, após a conversão da PAF em diligência, o sujeito passivo elaborou planilha relacionando as notas fiscais, por data, número, CFOP, valor total, base de cálculo e imposto, a fim de demonstrar tal alegação.

O autuante acatando as alegações do autuado, procedeu por duas vezes com a redução do valor inicialmente cobrado, finalizando os cálculos desta infração com um débito de R\$138.547,12, conforme demonstrativo das fls. 391 e 392, porém valor este ainda em discordância com o valor levantado pelo autuado, porém que apreciaremos mais abaixo, na análise da tese recursal.

Desta forma, por entender que o autuante analisou a documentação que lhe fora apresentada (referente àqueles períodos objeto do Recurso de Ofício), procedendo corretamente pela redução do valor inicialmente cobrado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo a apreciação do Recurso Voluntário.

De início invoco a prejudicial de decadência de parte da Infração 2, pois o AIIM foi lavrado em 27/09/2013, com o autuado tomando ciência em outubro/08, sendo assim, respaldado no entendimento do §4º do Art. 150 do CTN, os fatos gerados anteriores a outubro/08, ou seja, os lançamentos realizados de janeiro à setembro do exercício de 2008 estariam fulminados pela decadência.

Toda a problemática no campo do direito tributário em torno desse assunto ocorre por conta das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

“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”.

No âmbito do Poder Judiciário, no topo da esfera judicante, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 8, já havia decidido que somente o CTN poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, o que afastava, de imediato, a aplicação do COTEB por adentrar na esfera de reserva legal de Lei Complementar à luz da Carta Política de 1988, que no seu art. 146, III, “b” preconiza que:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Este também é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Pelo exposto, fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, não cabendo

ao COTEB versar sobre tais assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo determinação constitucional supracitada.

Ainda que estejamos tratando de apropriação de crédito indevido, o sujeito passivo realiza a apuração do ICMS pela modalidade de conta corrente fiscal, sendo assim, esta infração caracterizou um recolhimento à menor de imposto (antecipação de pagamento), caracterizando o lançamento por homologação.

Desta forma, para o presente caso, entendo que deve ser considerada a novel legislação (Lei nº 13.199/2014), que revogou os Artigos do COTEB que tratavam do prazo prescricional e pelo exposto, de ofício, rogo pela decadência dos períodos de janeiro à setembro de 2008, pois estes estariam fulminados pela decadência, considerando a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador.

Adentrando ao mérito, em sua tese, o sujeito passivo discordando do julgamento de piso, alega unicamente a sua pretensão em ver a extensão da Decisão, para que seja reconhecido o seu direito à compensação também dos débitos de ICMS dos períodos de apuração de setembro a dezembro de 2008 e de junho e julho de 2009, com os créditos escriturados indevidamente em outros períodos.

O autuante em sua última Informação Fiscal elaborou o novo demonstrativo de apuração de crédito indevido de ICMS, entendendo que ali cumpria a diligência que a lhe foi designada, ficando, portanto, demonstrado o novo valor desta infração, de R\$138.547,12 (fls. 391 e 392).

Partindo da conclusão de que os períodos anteriores à outubro/08 estavam decaídos, farei então a análise à partir desse mês. E justamente nesse mês de outubro/08, assim como em novembro e dezembro de 2008 e junho e julho de 2009 é que há o questionamento pelo Recorrente, de que não foram considerados os créditos oriundos da diferença à mais do ICMS destacado nas notas de venda das mercadorias remetidas anteriormente para armazenagem em confronto com as notas de retorno simbólico do armazenador, que originou o lançamento desta infração.

Analisando as planilhas demonstrativas, os livros fiscais e parte das notas fiscais, percebo que o valor creditado indevidamente é facilmente identificado através da escrituração das notas pelo CFOP 2.907 (retorno simbólico de mercadoria remetida para depósito fechado ou armazém geral). O mesmo não se pode compreender quando da análise das notas de venda, pois as mesmas não foram emitidas com o CFOP correto, que desse para fazer a devida vinculação com àquela operação remetida anteriormente para armazenagem. Os CFOP's utilizados pelo autuado foram os de venda direta (6.101, 6.102, dentre outros), diferente do que deveria ter sido usado para esse caso, o CFOP 6.105 (classificam-se neste código as vendas de produtos industrializados no estabelecimento, armazenados em depósito fechado, armazém geral ou outro sem que haja retorno ao estabelecimento depositante).

E o intuito da diligência deliberada pela 5ª JJF foi justamente para que o autuado pudesse fazer as vinculações, de valores e quantidades entre as notas fiscais com créditos e débitos indevidamente destacados e escriturados nas operações objeto da autuação.

O autuado ganhou um prazo de 60 dias para que pudesse fazer as devidas vinculações. Em que pese o mesmo ter apresentado as planilhas com as notas relacionadas, não houve devido vínculo suscitado pelos julgadores de piso, das quantidades e valores de ambas as operações e sim o detalhamento das notas fiscais que segundo explicou o autuado eram as notas envolvidas na referida operação.

Entendendo que aqueles períodos em que o débito das notas de saída foram maiores do que os créditos apropriados indevidamente pelas notas de retorno não passaram pelo crivo do autuante, não teria esta Câmara a segurança necessária para validar essa informação.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o valor julgado pela 5ª JJF, para R\$80.397,92, conforme demonstrado abaixo:

Período	Crédito Indevido (CFOP 2.907)	Deb. Saída armazen. (diversos CFOP's)	Dif. Cred. Ind. lançado remanescente
jan/09	R\$ 69.338,98	R\$ 55.767,89	R\$ 13.571,09
fev/09	R\$ 48.291,13	R\$ 44.636,37	R\$ 3.654,76
mar/09	R\$ 83.263,92	R\$ 81.607,13	R\$ 1.656,79
abr/09	R\$ 55.917,78	R\$ 35.268,53	R\$ 20.649,25
mai/09	R\$ 64.144,46	R\$ 23.278,43	R\$ 40.866,03
Total	R\$ 320.956,27	R\$ 240.558,35	R\$ 80.397,92

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207102.0009/13-5, lavrado contra **VINÍCOLA OURO VERDE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.840,69**, 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, 03 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS