

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0085/15-0
RECORRENTE - PERINI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0265-11/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0253-11/17

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou no mérito a da Primeira Instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto com fulcro no art.169, I, “d” do RPAF/BA, contra Decisão desta 1ª CJF (Acordão CJF nº 0265-11/16) que, de forma não unânime, acolheu parcialmente o Recurso Voluntário, alterando a Decisão de piso que entendeu pela Procedência total do Auto de Infração em lide.

O Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, lavrado em 30/11/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$431.850,63, relativo às infrações a seguir:

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...”.

A segunda instância alterou parcialmente o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal, por maioria, nos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

Quanto à alegação de decadência do direito de lançar os valores relativos aos exercícios de julho a novembro de 2010, é importante frisar que embora o Código Tributário Nacional fixe o marco temporal de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme § 4º do art. 150.

“Art. 150. ...

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

Acontece que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época dos fatos geradores), in verbis:

“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;
...”

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 30/11/2015 (data da lavratura do presente Auto de Infração) não havia ainda ocorrido à decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações ocorridas no exercício de 2010, o que somente se daria em janeiro de 2016, com base no inciso I do Art. 107-A acima citado.

Cabe, contudo, pontuar que, em 12/06/08, o STF expediu a Súmula Vinculante nº 8 (publicada em 20/06/2008), a qual estabeleceu que “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário”. Embora o seu enunciado não o diga, as razões de decidir (que não vincula, ressalte-se) deixaram evidente o entendimento da corte maior, no sentido de que as normas tributárias atinentes ao prazo decadencial somente podem ser veiculadas por lei complementar federal.

Tal decisão repercutiu na aplicação da legislação tributária interna ao Estado da Bahia, pois a observância dessa regra conduz a uma invalidação do dispositivo previsto na lei baiana, especificamente o inciso I do art. 107-A do COTEB que regulava o prazo decadencial para feitura do lançamento.

Nesse contexto, o dispositivo legal citado foi revogado, em 28/11/2014. Sendo assim, embora a lei estadual citada se mantivesse vigente até 28/11/2014, a PGE vem recomendando que não mais venha a ser aplicada nos julgamentos com data posterior à expedição da Súmula Vinculante nº 08, ou seja, dia 12/06/2008, conforme se pode depreender da leitura de trecho da proposta de “PROCEDIMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURÍDICA” (aprovada internamente e ainda pendente de publicação), reproduzido a seguir.

“... Por conseguinte, reputamos ser cabível à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicaram o prazo previsto pelo art. 107-B, §5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008.”

Nesse sentido, orientou-se a manifestação do digno representante da PGE, em mesa, ao pugnar pela aplicação das regras dispostas no Código Tributário Nacional, à luz da jurisprudência mais recente do STJ.

Assim, considerando que houve pagamento do ICMS no período, conforme comprovam as cópias das DMA's, acostadas às folhas 28 a 34, bem como as relações de DAE's pagos, às folhas 26 a 27, entendo que o termo a quo da contagem do prazo decadencial, a ser considerado no presente julgamento, deve ser a data do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, cujo texto reproduzo a seguir.

“Art. 150. 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, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...
§ 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.”

Essa é a jurisprudência recente do STJ, conforme abaixo.

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. EXEGESE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP PARADIGMA 973.733/SC. SÚMULA 83/STJ.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, para a fixação do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, **considera-se apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado** (grifo acrescido), pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150, e parágrafos, do CTN. Súmula 83/STJ.
... (AgRg no REsp 1448906 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2014/0086079-7. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). SEGUNDA TURMA, 17/12/15.)”

Assim, dado o fato de que o Auto de Infração foi lavrado em 30/11/2015 (vide folha 01), é forçoso reconhecer que decaiu o direito de o Fisco lançar os créditos referentes a todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a 30/11/2010. Por conseguinte, mantém-se válido o lançamento apenas naquilo que concerne aos meses de novembro e dezembro de 2010, para todas as oito infrações.

Quanto ao pedido de diligência, indefiro por entender que são suficientes, os elementos dos autos, para formação da minha convicção, nos termos do art. 147, Inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

No mérito, embora o lançamento tenha descrito oito condutas distintas, percebo que se enquadram, todas, num mesmo tipo infracional, tipificado no art. 42 inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96. A conduta é, contudo, semelhante, ou seja, “saídas de mercadorias (do estabelecimento autuado) em transferência, com destino a filiais varejistas diversas”. A autoridade fiscal segregou uma infração para cada estabelecimento destinatário identificado.

O sujeito passivo opôs-se ao lançamento, de forma global, tendo alegado que a fiscalização não levou em consideração os créditos a que tem direito pela entrada das mercadorias transferidas, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 107, abaixo reproduzido.

“Assim, a ora Recorrente requer, por questão de justiça fiscal, que o seu crédito seja abatido do Auto de Infração impugnado, para fins de apuração do valor real do débito.”

Em sua informação fiscal, o autuante declara que não considerou os créditos fiscais porque não se encontravam escriturados, conforme se lê à folha 74, em trecho abaixo reproduzido.

“Ora, 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.”

O exame dos elementos acostados ao processo evidencia que o sujeito passivo não lançou créditos pelas entradas nem lançou débitos pelas saídas, tendo a recorrente se debitado apenas do diferencial de alíquotas no período auditado, conforme cópias dos Livros Registros de Apuração acostadas ao CD, à folha 112.

Ora, a compensação dos créditos fiscais somente pode ser feita com os valores lançados na escrita fiscal do contribuinte, a quem cabe efetuar a apropriação dos créditos pertinentes, nos termos do art. 101 do RICMS/97, abaixo transcrito.

“Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

*I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;
...”*

Se o contribuinte não lançou os créditos, precisa fazê-lo, ainda que extemporaneamente, para o que vai precisar efetuar um levantamento de todas as notas fiscais de entrada, documentação indispensável para que se possa, inclusive, quantificar os valores corretos a apropriar. Não é, portanto, uma atividade que possa ser desenvolvida pelo fiscal autuante, a quem cabe, apenas, homologar os valores lançados.

O lançamento extemporâneo do crédito é, portanto, fato futuro, o qual somente vai produzir efeito jurídico perante o Estado no momento em que o sujeito passivo o fizer, hipótese que exige, inclusive, a observância das regras estabelecidas no § 1º do artigo citado, que assim dispõe:

“Art. 101 ...

§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

*...
II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da **comunicação escrita** e da observância do **prazo de 5 anos** (grifos acrescidos);
...”*

Ou seja, faz-se necessário avaliar a possibilidade jurídica da utilização extemporânea desses créditos, à luz da legislação posta.

Não se pode, portanto, querer efetuar uma compensação de valores futuros, com aqueles frutos do presente lançamento, pois se referem a débitos ocorridos ao longo do exercício de 2010, tempo em que não existiam os créditos alegados na escrita fiscal da empresa autuada, já que não os lançou.

Assim, dou Provimento ao recurso para reconhecer a incidência do fenômeno da decadência e reduzir o valor lançado para R\$ 210.043,90, conforme demonstrativo abaixo.

(...)

Do exposto, CONHEÇO E DOU PROVIMENTO PARCIAL ao presente Recurso.

Nas razões do Pedido de Reconsideração acostadas pelo representante do contribuinte, fls. 141/161, fez uma síntese dos julgamentos de Primeira e Segunda Instâncias, no qual verificou a redução do débito do Auto de Infração

Pede pela reforma parcial da decisão de 2ª Instância, alegando, inicialmente, preliminar de decadência para os fatos geradores anteriores a 01/12/2010 por se encontrarem alcançados pela decadência.

Explica que o conselheiro relator reconheceu a decadência do direito do Fisco de lançar os créditos tributários referentes a todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a 30/11/2010, tomando como base 30/11/2015 e votou pela manutenção do lançamento apenas naquilo que concerne aos meses de novembro e dezembro de 2010, para todas as oito infrações, no qual o representante da PGE emitiu parecer oral no sentido de acatamento da alegação de decadência relativamente às competências anteriores a novembro de 2010. No entanto, todos os Conselheiros concordaram pela aplicação da decadência aos fatos geradores anteriores a 30/11/2010. Todavia, apesar de aplicar a decadência aos períodos anteriores a 30/11/2010, os valores de novembro foram mantidos no demonstrativo constante do voto do Relator. Destarte, que o Conselheiro Relator considerou como ponto de partida para a contagem decadencial a data da lavratura do auto de infração (30/11/2015), quando deveria ter considerado a data da ciência do auto de infração (01/12/2015). Requer a reconsideração para excluir da autuação os lançamentos baseados em fatos geradores ocorridos antes de 01/12/2010.

No mérito, coloca em destaque o voto divergente pela aplicação da Súmula nº 166 do STJ nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, no qual corrobora com a tese da não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular pela aplicação da Súmula nº 166 do STJ, proferido pelo Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, proferido no julgamento do presente PAF. Transcreve trechos do voto divergente do conselheiro que trata da aplicação da Súmula nº 166 do STJ.

Diz que há necessidade de Parecer Jurídico da PGE/PROFIS quanto à aplicação da Súmula nº 166. Registra que constou expressamente do voto do Conselheiro Relator que “não houve parecer escrito da PGE” no presente PAF, considerando que compete à Procuradoria Geral do Estado - PGE proceder ao controle da legalidade dos créditos tributários, conforme art. 113 do RPAF/BA.

Afirma que a manutenção da decisão de 2ª Instância administrativa prejudica severamente o Contribuinte com a exigência de imposto claramente indevido. Assim, pede e requer que seja colhido parecer da representação da PGE/PROFIS junto ao CONSEF, para se manifestar expressamente quanto à aplicação da Súmula nº 166 do STJ ao presente PAF.

Finaliza e requer:

- (i) Resta configurada a decadência dos lançamentos baseados em fatos geradores ocorridos antes de 01/12/2010;
- (ii) Na transferência física de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular sem o intuito comercial, não há que se falar em exigência de ICMS, pois não está configurada a ocorrência da hipótese de incidência do imposto ante a inexistência de operação de mercancia entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme orientação pacífica da jurisprudência (Súmula 166 do STJ) e da melhor doutrina pátria.
- (iii) Seja colhido parecer da representação da PGE/PROFIS junto ao CONSEF, para se manifestar expressamente quanto à aplicação da Súmula nº 166 do STJ ao presente PAF.
- (iv) Que esta Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF reconsidere o Acórdão CJF nº 0265-11/16 para reconhecer a decadência dos lançamentos ocorridos antes de 01/12/2010 bem como determinar a aplicação da Súmula nº 166 do STJ ao presente PAF e, ao final, dar provimento ao Recurso Voluntário e julgar totalmente improcedente a autuação.

Na fl. 168, o contribuinte peticionou à Procuradoria Geral solicitando a exclusão do co-responsável Sr. Sílvio Pedra Cruz Júnior com CPF nº 404.066.445-00, alegando sua saída do cargo de administrado não-sócio da empresa, conforme 7ª alteração contratual registrada na Junta Comercial-BA, conforme fls.166/170, de 12/03/2015.

Em Parecer Jurídico da PGE/PROFIS, fls. 195/198, a Procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos verificou as informações dadas pelo contribuinte relativa à solicitação de exclusão de Sílvio Pedra Cruz Júnior do rol de co-responsável do PAF ora discutido, tendo em vista a sua saída da empresa, conforme alteração contratual. Em resposta à solicitação conclui em seu Parecer pela permanência como co-responsável tributário dos débitos em questão apenas no período em que foi Diretor Presidente da empresa autuada com lastro no art. 135 do CTN que direciona aos gestores da sociedade, sob a ótica de que, em linha de princípio, as pessoas que estão nessa condição têm o poder de determinar os destinos da sociedade, participando das decisões acerca da política tributária a ser adotada.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, no qual teve decisões de Primeira Instância (4ª JJF) pela Procedência que manteve a autuação em sua totalidade e da Segunda (1ª CJF) pela Procedência Parcial acolhendo parcialmente as alegações de decadência.

De acordo com o art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, existem dois requisitos ou pressupostos cumulativos para admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam:

- a) Que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a da Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;
- b) Que o Pedido de Reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciado nas fases anteriores de julgamento à interposição do próprio Pedido de Reconsideração.

A Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal reformou, no mérito, o julgamento da Primeira Instância em relação às infrações de nºs 1 a 8, objeto do presente Pedido de Reconsideração ao acatar a decadência suscitada, excluindo os períodos anteriores a de 31/11/2010, reduzindo o valor do Auto de Infração para R\$210.043,90.

Observa-se que não foi trazida a tona, matéria de fato e argumento de direito que não foram devidamente apreciados nas duas instâncias de julgamento.

Assim sendo, não presente os requisitos exigidos pelo artigo 169, I, “d” do RPAF/99, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, lavrado contra PERINI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$210.043,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDVALDO ALMEIDA DOS SANTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS