

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0030/17-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FERRAGENS NEGRÃO COMERCIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0126-01/18
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/12/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/19

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado o recolhimento de parte dos valores exigidos. Apesar de indicada “*operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada*” na descrição da infração, trata-se, na verdade, de *ICMS recolhido a menos*, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. O autuado declarou, em sua escrituração fiscal, todas as operações relacionadas nos autos e efetuou o pagamento do montante que entendeu devido, porém em valor inferior àquele apurado pelo autuante. Deve incidir, no caso, a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, cientificado, o autuado, da lavratura do Auto de Infração, em 26/12/12, há de se decretar a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2012. Ao valor remanescente exigido em dezembro/12, impõe-se aplicar a redução do Decreto nº 7.799/00/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 22/12/2017, para exigir crédito tributário de ICMS no valor de R\$124.040,99, em razão da apuração da irregularidade assim descritas: Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Período: janeiro/dezembro 2012. Multa de 60%.

Após a devida instrução processual, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da autuação, conforme voto a seguir transcrito:

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir crédito tributário em decorrência da infração descrita e narrada na inicial dos autos, acusando a fiscalização da existência de operações e mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas.

A exigência totalizou R\$124.040,99 e abrangeu período janeiro/dezembro 2012. Os demonstrativos foram entregues em meio eletrônico, cujos arquivos constam do recibo, fl. 08.

Fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF BA, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para a apreciação da matéria em litígio.

O direito também não assiste ao autuado quanto à ocorrência do instituto da Prescrição sob a justificativa da entrega regular e efetiva da EFD e a DMA.

Cabível ressaltar, antes, que apesar o art. 156, V, do Código Tributário Nacional - CTN dizer que a prescrição extingue o crédito tributário, na verdade, não ocorre a extinção do crédito tributário, mas do direito de ajuizar a execução fiscal, de cobrar o crédito tributário. A prescrição atinge, pois, a pretensão.

Ocorre, pois, a prescrição, quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito tributário, no prazo de cinco anos, contados de sua constituição definitiva, isto é, apenas após lançado o tributo (CTN, art. 174). Sabe-se que é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça-STJ de que, quanto aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a declaração do contribuinte, em cumprimento às suas obrigações acessórias, importa no reconhecimento da dívida, sendo suficiente para a constituição do crédito tributário, e marco do prazo quinquenal de prescrição para o Fisco proceder à cobrança respectiva, mediante inscrição em dívida e ajuizamento da execução fiscal. Firmada a mesma jurisprudência do STJ que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração aceita pelo Fisco. Com a declaração não há necessidade de constituição formal do débito pelo Fisco; aceita a declaração pelo Fisco, já há a constituição do crédito tributário, sendo instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

Nesse momento de Fisco eletrônico, as informações sobre a movimentação econômica, contábil e fiscal do contribuinte circula quase que em tempo real, nos bancos de dados da administração tributária de cada ente tributante. Essa revolução eletrônica, por certo, pressionará as mudanças nos institutos que marcam o tempo do direito, nas relações tributárias. Hoje, estabelecidos no CTN, legislação com status de Lei Complementar, por comando, inclusive, constitucional, demandará discussões mais alongadas.

A alegação do autuado para a ocorrência da prescrição foi a entrega tempestiva ao Fisco das suas declarações eletrônicas através da DMA e da EFD.

A DMA - Declaração e apuração mensal do ICMS deve ser entregue mensalmente, até o dia 20, relativa às operações do mês anterior, por contribuinte inscrito no cadastro estadual que apure o imposto pelo regime normal (conta corrente fiscal), nos termos do art. 255, do RICMS BA (Decreto nº 13.780/12).

A Escrituração Fiscal Digital - EFD é um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, constitui-se em mais um avanço na informatização da relação entre o fisco e os contribuintes. Está prevista no Convênio ICMS 143 de 15.12.06 e Ajuste SINIEF Nº 02/2009. Trata-se de um arquivo digital, com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de impostos do contribuinte. A partir do início da obrigatoriedade da EFD, o contribuinte não poderá usar os livros fiscais e documentos em papel convencionais (artigos 247 a 253, RICMS BA).

No entanto, e apesar de o art. 54-A do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99) prescrever que o débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importe em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário, podendo ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, assim não tem agido o Fisco da Bahia, optando pela verificação e mesmo a liquidação do valor do débito admitido pelo sujeito passivo.

Dessa forma, a fim de dirimir quaisquer controvérsias acerca da fidedignidade das informações enviadas eletronicamente, a Administração Tributária tem optado por tornar líquido o tributo declarado mediante o lançamento de ofício, seguindo a marcha processual, até a constituição definitiva do crédito tributário. Portanto, não há falar na ocorrência da Prescrição Tributária.

Quanto à decadência do direito de lançar os créditos relativos a fatos geradores ocorridos anteriores ao mês de dezembro de 2012, cujos valores foram lançado neste auto de infração, no entanto, tem razão o autuado. O período encontra-se trágado pelo decurso do prazo decadencial.

Sobre o assunto, vale ressaltar que houve recente e radical mudança no posicionamento da PGE/ PROFIS relativamente à decadência, o que foi acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do § 5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

A referida Súmula Vinculante nº 8 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no Diário Oficial da União de 20/06/08 – declarou a inconstitucionalidade de legislação federal que dispunha sobre a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento, baseado em diversos precedentes judiciais, de que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária e, portanto, deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional. Eis o texto da referida Súmula: “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 de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Merece destaque o que disse a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, em parecer exarado nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269200.0333/12-4, e cancelado pelo Procurador Chefe daquele órgão: “em data recente, nos autos do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, esta Procuradoria Fiscal reviu seu entendimento acerca do tema, para estabelecer que deve ser contado o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior

àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Pelo que consta neste processo administrativo fiscal, observo que, apesar de ter sido indicada a “operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada” na descrição da infração, trata-se, na verdade, de ICMS recolhido a menos, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Isso porque o estabelecimento autuado, identificado na atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, cuja maior parte das suas vendas foram feitas para outros contribuintes, pessoa jurídica, conforme se extrai do demonstrativo de débito, que instrui a exigência. Uma parcela significativa dos valores exigidos nesse Auto de Infração restou comprovado o pagamento, seja pela exclusão de várias operações pelo próprio autuante, que permitiu a redução da autuação de R\$124.040,99 para R\$70.107,09 (fls.257/310).

O autuado declarou em sua escrituração fiscal todas as operações relacionadas nos autos e efetuou o pagamento do montante que entendeu devido, porém em valor inferior àquele apurado pelo autuante, tendo considerado operações tributadas como não tributadas.

Portanto, deve incidir, no caso, a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, que prevê que “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”.

Ademais, como o contribuinte foi cientificado da lavratura deste auto de infração no dia em 26/12/12, como prova o documento de fl. 2, há de se decretar a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2012, haja vista que a hipótese se subsume perfeitamente nesse novo entendimento.

Dessa forma, quanto à decadência do direito de lançar os créditos ao período janeiro/novembro de 2012, entendo assistir razão ao sujeito passivo, pois a revogação do art. 107-A do COTEB deu ensejo à edição, por parte da PGE/PROFIS, do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, cujo enunciado autoriza a aplicação da regra prevista no art. 173, I do CTN, conforme inisitiu o Auditor Fiscal, somente nas três hipóteses abaixo.

“Incidente de Uniformização nº PGE 2016.1947 1 0-0

...

*Nota I: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas **não efetua o respectivo pagamento**; b) o contribuinte **não declara a ocorrência do fato** jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de **dolo, fraude ou simulação** (grifos acrescidos).”.*

Assim, sobre os fatos geradores de janeiro a novembro de 2012, deve ser aplicada a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata de operações em relação às quais ocorreu pagamento em parte do imposto, não se enquadrando na regra prevista na alínea “a”, acima reproduzida, o que atrairia a incidência do art. 173, inciso I do CTN.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito para instruir a exigência, discriminando as operações de saída (por itens de mercadorias) que o autuado classificou no código CFOP 5405, representado as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído. Entendeu o preposto do Fisco que as mercadoras deveriam ser registradas no regime normal de tributação, exigindo as respectivas saídas sem tributação.

Na Informação Fiscal, reconheceu que parcela das mercadorias está listada no Anexo 1 ao RICMS BA, conforme estabelece o art. 289 do citado regulamento, que descreve as mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária interna, cuja responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS é de responsabilidade do adquirente, na condição de sujeito passivo por substituição.

Dessa forma, a exigência foi reduzida de R\$124.040,99 para R\$70.107,09 (fls.257/310).

Além da decadência invocada, o autuado declara que realizou o recolhimento por antecipação do ICMS, como substituto tributário; as planilhas e documentos apresentados pelo autuado atestam o recolhimento tempestivo de várias operações descritas no relatório fiscal remanescente.

Diante de tais pressupostos, tragado o período de janeiro/novembro de 2012, pela decadência tributária, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, do valor remanescente em dezembro de 2012, R\$2.381,25 (fl. 207 e CD, fl. 211), deve ser consignado a redução da base de cálculo em 41,176% prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, para as operações de saídas internas de estabelecimento autuado, passando o valor da exigência para R\$1.400,73.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite preconizado no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no ACÓRDÃO JJF Nº 0126-01/18.

A Autuada apresenta manifestação, de fls. 378 a 396, onde reitera suas razões de fato e de direito e manifesta a sua concordância com o Acórdão proferido pela 1ª JJF e, conseqüentemente, o seu entendimento de que o referido julgamento não merece reparos.

Requer que seja considerado o pagamento no valor de R\$2.762,23 (comprovante de fl. 397) como quitação integral do crédito remanescente relacionado à competência de dezembro de 2012.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF nº 0126-01/18) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$122.640,26, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

A infração apontada no Auto, objeto do presente Recurso de Ofício, foi a seguinte:

Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Período: janeiro/dezembro 2012. Multa de 60%.

Não há reparos a fazer na decisão de piso em relação aos valores excluídos.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 195 a 209), acolhe parcialmente as razões da defesa e reduz o débito para R\$70.107,09, conforme demonstrativo de fl. 207, excluindo os valores dos itens que fazem parte da substituição tributária.

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2017 e a Autuada foi cientificada em 26/12/2017.

Desta forma, os valores de janeiro a novembro de 2012 foram alcançados pela decadência, com fundamento no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 e que a partir de então vem fundamentando as decisões deste CONSEF, como muito bem colocado no voto da JJF, cujo trecho destaca:

“Pelo que consta neste processo administrativo fiscal, observo que, apesar de ter sido indicada a “operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada” na descrição da infração, trata-se, na verdade, de ICMS recolhido a menos, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Isso porque o estabelecimento autuado, identificado na atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, cuja maior parte das suas vendas foram feitas para outros contribuintes, pessoa jurídica, conforme se extrai do demonstrativo de débito, que instrui a exigência. Uma parcela significativa dos valores exigidos nesse Auto de Infração restou comprovado o pagamento, seja pela exclusão de várias operações pelo próprio autuante, que permitiu a redução da autuação de R\$124.040,99 para R\$70.107,09 (fls.257/310).

O autuado declarou em sua escrituração fiscal todas as operações relacionadas nos autos e efetuou o pagamento do montante que entendeu devido, porém em valor inferior àquele apurado pelo autuante, tendo considerado operações tributadas como não tributadas.

Portanto, deve incidir, no caso, a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, que prevê que “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”.

Desta forma, para os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2012, deve ser aplicada a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, por se tratar de operações em relação às quais ocorreu pagamento de parte do imposto, não se enquadrando na regra prevista no art. 173, inciso I do CTN.

Assim, excluindo os valores do período de janeiro/novembro de 2012, alcançados pela decadência tributária, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, restou, apenas, o valor remanescente em dezembro de 2012, R\$2.381,25 indicado na informação fiscal (fl. 207 e CD, fl. 211), ainda assim, devendo ser reduzida a base de cálculo em 41,176% prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, para as operações de saídas internas de estabelecimento autuado, tendo em vista que a autuada possui como

atividade principal “comércio atacadista de ferragens e ferramentas” - CNAE 4672-9/00 – (Doc. de fls. 40), passando o valor da exigência para R\$1.400,73.

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

ANEXO ÚNICO		
ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
14-A	4672-9/00	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0030/17-2**, lavrado contra **FERRAGENS NEGRÃO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.400,73**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS