

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0043/17-7
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0360-11/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.12.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-11/20-VD

EMENTA: ICMS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA ADMISSIBILIDADE QUANTO ÀS INFRAÇÕES 10 E 11. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA ADMISSIBILIDADE QUANTO À INFRAÇÃO 03. Não houve reforma da Decisão de Primeira Instância pela Câmara de Julgamento Fiscal no pertinente à infração 03. Já em relação às infrações 10 e 11, a Câmara de Julgamento Fiscal reformou a decisão de piso ao definir que descabe a aplicação do art. 150, §4º do CTN nas infrações relativas a obrigações acessórias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **CONHECIDO** e, no mérito, **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração contra Decisão da 1ª CJF (Acórdão CJF nº 0360-11/19) que, por unanimidade, deu Provimento Parcial aos Recursos de Ofício e Voluntário, alterando a Decisão de piso que entendeu pelo Provimento Parcial da Autuação (acórdão 2ª JJF nº 0360-11/19).

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 12/12/2017 com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$256.816,93, em decorrência do cometimento de onze infrações, sendo objeto do presente recurso tão somente às infrações:

Infração 03. – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativos de crédito fiscal indevido ST. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. Valor: R\$ 64.699,36.

Infração 10. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativos de notas fiscais de entrada não escrituradas. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. Valor: R\$ 877,66.

Infração 11. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativos de notas fiscais de entrada não escriturada. (RV e RO).

Data da Ocorrência Entre 31/01/2012 e 31/12/2013. Valor: R\$ 870,00.

Após a devida instrução processual, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pelo Provimento Parcial dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, mantendo parcialmente o Auto de Infração.

Abaixo, reproduzo parcialmente o voto condutor, abordando tão somente o Recurso de Ofício em relação às infrações acima citadas:

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração são imputadas ao Contribuinte o cometimento de 11 Infrações, sendo parte delas referente à utilização indevida de crédito fiscal, parte referente à falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, e parte referente ao descumprimento de obrigações acessórias.

Em Primeira Instância, a autuação foi julgada Parcialmente Procedente, tendo sido reconhecida a decadência dos fatos geradores ocorridos até 30/11/2012, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, de modo que a autuação remanesceu da seguinte forma:

INFRAÇÃO	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
01 - 01.02.01	19.264,29	0,00
02 - 01.02.02	3.778,51	0,00
03 - 01.02.06	64.699,36	27.886,32
04 - 01.02.26	117.140,48	16.577,45
05 - 02.01.03	20.269,07	14.326,52
06 - 03.01.01	5.643,57	5.643,57
07 - 03.02.02	30.556,39	8.277,86
08 - 06.01.01	74,89	74,89
09 - 06.02.01	2.632,71	929,12
10 - 16.01.01	877,66	288,33
11 - 16.01.02	870,00	218,58
TOTAIS	265.806,93	74.222,64

Sendo assim, a desoneração que ensejou a interposição do Recurso de Ofício decorre integralmente do reconhecimento da Decadência, razão pela qual esse ponto deve ser revisitado por esta Câmara.

Foi possível verificar, mediante consulta ao sistema interno da SEFAZ, que no exercício de 2012 e, por conseguinte, no período passível de decadência - fatos geradores ocorridos entre 31/01/2012 e 30/11/2012 – houve o pagamento do ICMS, ainda que a menor.

Além disso, não há qualquer indício nos autos, de que o Recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, não se enquadrando, portanto, na exceção prevista na parte final do § 4º do art. 150 do CTN.

Ademais, o STJ já pacificou o entendimento de que, nos casos de pagamento parcial do tributo, o prazo decadencial estará sujeito ao prazo do §4º do art. 150 do CTN, conforme bem destacado no seguinte excerto, extraído do julgamento do AgRg no REsp 1.277.854:

“deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN” (g.n.).

Assim, acolho o argumento de decadência parcial, para declarar extintos os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram entre 31/01/2012 e 30/11/2012, nos termos do art. 156, V, do CTN, no que se refere às infrações relacionadas à utilização indevida de crédito fiscal e à falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS – Infrações 01 a 09.

Com relação às infrações em que se exige multa por descumprimento de obrigação acessória – Infrações 10 e 11 –, não coaduno com o mesmo entendimento, pois conforme se depreende da redação do § 4º do art. 150 do CTN e do precedente do STJ, a pedra de toque para a aplicação daquela regra decadencial é a existência de algum pagamento passível de homologação – obrigação de dar –, o que não ocorre no caso das multas por descumprimento de obrigação acessória – obrigação de fazer.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, apenas para alterar o entendimento com relação às Infrações 10 e 11.

...

Visando a reapreciação parcial da decisão proferida pela 1ª CJF, o sujeito passivo interpôs o presente recurso.

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal.

Nas razões do Pedido de Reconsideração, informa que essa 1ª CJF, ao julgar os Recursos de ofício e Voluntário interpostos em face da decisão de 1ª instância, entendeu, quanto as infrações 10 e 11, que não seria aplicável regra de decadência inserta no art. 150, § 4º do CTN bem como a jurisprudência pacificada no âmbito do STJ, na medida em que, por se tratarem de infrações relativas a obrigações acessórias, estariam fora do alcance de tais regras.

Explica a recorrente que se trata aqui de penalidade relativa ao ICMS, espécie de tributo cujo lançamento se dá por homologação, tendo o Fisco o prazo de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador, para confirmar ou infirmar as informações prestadas pelo Contribuinte, sob pena de

homologação tácita do pagamento.

Nesta senda, defende que as obrigações acessórias do referido tributo seguem a mesma regra decadencial relativa às obrigações principais, restando desacertada a conclusão do julgamento nesse ponto, ao ter reformado a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, razão pela qual requer a aplicação da decadência parcial nas exigências consubstanciadas nas infrações 10 e 11.

Segundo, salienta a recorrente que tanto em suas razões de defesa como de Recurso Voluntário pugnou pelo decreto de decadência dos montantes lançados para as Infrações 3 mediante a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN que prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador.

Explica que apesar da 2ª Junta e essa C. 1ª Câmara terem acatado a decadência conforme preceitua o art. 150, § 4º do CTN, houve equívoco ao deixar de afastar a extinção com relação ao mês que se completou o quinquênio da ocorrência dos fatos geradores – dezembro de 2012.

Aduz que a tese defendida pela Contribuinte é da decadência quinquenal cujo Termo Inicial é a ocorrência do fato gerador do imposto e o termo final a data de ciência do Auto de Infração – lançamento de ofício.

Deste modo, assevera que, se a ciência da imposição fiscal se deu em 21/12/2017 é certo que restaram fulminados pela decadência os fatos geradores ocorridos até 20/12/2012, nos estritos termos do artigo 150, § 4º do CTN e da mansa jurisprudência do STJ, uma vez que no período autuado houve recolhimento do ICMS – o que foi inclusive confirmado pelo E. Relator.

Todavia, salienta que não foi esse o entendimento do E. Relator, que culminou por excluir a totalidade do mês dezembro de 2012 da aplicação da regra decadencial.

Entende que a alegação de que os lançamentos posteriores a 30/11/2012 e atinentes ao mês de dezembro do mesmo ano só se tornaram exigíveis após o final de dezembro não encontra guarida na regra do artigo 150, § 4º do CTN, da jurisprudência do STJ e do Incidente de Uniformização de Jurisprudência da PGE/BA nº 2016.194710-0, os quais são uníssonos ao dispor que o termo inicial do prazo decadencial é a data de ocorrência do fato gerador. Logo, a medida que se impõe é o reconhecimento de que todas as operações ocorridas entre 01/12/2012 e 20/12/2012 também foram fulminadas pela decadência, não podendo ser mantidas no Auto de Infração, uma vez que na data de ciência do lançamento, eventual crédito tributário a elas atinentes já se encontrava extinto nos termos do artigo 156, V do CTN.

Por fim, requer o contribuinte seja conhecido e provido o presente Pedido de Reconsideração para reformar em parte o r. Acórdão CJF nº 0360-11/19 para estender a declaração da extinção pela decadência dos montantes exigidos na infração 3 aos fatos geradores ocorridos entre 01/12/2012 e 20/12/2012 bem como das infrações 10 e 11, por igualmente se enquadrarem na regra prescricional, nos termos dos artigos 150, § 4º e 156, V, ambos do Código Tributário Nacional.

VOTO

De início, insta ressaltar que o Pedido de Reconsideração exige o preenchimento de algumas condições para o seu conhecimento. Vejamos o que dispõe o dispositivo legal:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

Assim, no pertinente à infração 03, vislumbro que descabe a apreciação da mesma, tendo em vista que, de ofício, o Relator acompanhou a decisão de piso em sua integralidade, razão pela qual Nego Conhecimento ao Pedido de Reconsideração em relação a esta infração.

Quanto às infrações 10 e 11, observo que cabe o conhecimento do Pedido de Reconsideração, uma vez que o Relator, em julgamento de Recurso de Ofício, reformou no mérito a decisão de

primeira instância ao entender pela não aplicação da decadência nas infrações relativas a obrigações acessórias, o que motivou o provimento parcial do Recurso de Ofício.

Alega a recorrente que as obrigações acessórias do referido tributo seguem a mesma regra decadencial relativa às obrigações principais, eis que o ICMS é uma espécie de tributo cujo lançamento se dá por homologação, tendo o Fisco o prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, para confirmar ou infirmar as informações prestadas pelo contribuinte, sob pena de homologação tácita do pagamento.

Ocorre que as infrações em debate, as quais versam sobre entrada de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal foge à regra apresentada pela própria recorrente pelo simples fato de que sem a escrituração não há a oportunização ao Fisco para confirmar ou infirmar nada, já que as informações sequer foram prestadas.

Desta forma, em que pese não vincular a aplicação do art. 150, §4º do CTN ao pagamento do tributo, mas sim à sua apuração, que é o ato que permite à fiscalização apurar o imposto declarado e pago, concordo com o posicionamento do i. Relator quanto a não aplicação do referido dispositivo legal nos casos das obrigações acessórias, eis que não houve a possibilidade de fiscalização daquilo que não foi informado pelo contribuinte.

Assim, voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL do Pedido de Reconsideração, acatando a sua admininssibilidade quanto às infrações 10 e 11 e NEGO PROVIMENTO, no mérito, ao pedido formulado, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

VOTO EM SEPARADO (Quanto às infrações 10 e 11)

Em que pese concordar com a conclusão do voto da i. Conselheira, peço vênia para apresentar outra fundamentação para NÃO ACOLHER o Pedido de Reconsideração de decadência, inerente às infrações 10 e 11, relativas ao descumprimento de obrigações tributárias acessórias, sob a alegação recursal de se enquadrarem na regra prevista no art. 150, §4º do CTN.

A regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN estabelece que:

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, tomando 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.

Por outro lado, as infrações 10 e 11 do Auto de Infração se tratam de exigências por descumprimento de obrigações tributárias acessórias (de fazer ou não fazer). Logo, obviamente, inexiste lançamento por *homologação* a se verificar e muito menos *recolhimento*, nem tampouco *fato gerador*.

Em consequência – inexistindo pagamento do ICMS a homologar, logo, o prazo decadencial não se sujeita a contagem prevista no art. 150, § 4º do CTN, mas sim à regra geral estabelecida no art. 173, I do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingu-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, cujo termo seria 31/12/2017 para as ocorrências de 2012. Logo, quando da ciência do Auto de Infração pelo sujeito passivo, ocorrida em 21/12/2017, não havia operado a decadência.

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS que, ao editar o Incidente de Uniformização nbb PGE 2016.194710-0, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN, reporta-se sempre a expressão “*ocorrência do fato gerador*” (também contido no art. 150, § 4º do CTN), pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de

fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, §2º do CTN.

Essas são as fundamentações para NÃO ACOLHER o Pedido de Reconsideração quanto à extinção dos créditos em razão da decadência, aplicada para as infrações 10 e 11 do lançamento de ofício.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO do Pedido de Reconsideração para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, CONHECER e NÃO PROVER o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298958.0043/17-7, lavrado contra CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento no valor de R\$67.997,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.747,66, prevista nos incisos IX e XII do mesmo artigo e dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO EM SEPARADO
(Infrações 10 e 11)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS