

PROCESSO - A. I. N° 207090.0006/13-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - T&D BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0189-05/19
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0363-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE CRÉDITO INDEVIDO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOR. Parte da exigência fiscal encontra-se extinta pela decadência – art. 150, § 4º do CTN. Os valores remanescentes da infração foram objeto de revisão fiscal pela ASTEC. Mantida a Decisão. Infração procedente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 3. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Restou comprovado que os materiais cujos créditos foram glosados se referem a insumos e embalagens do processo de produção de materiais elétricos fabricados no estabelecimento autuado e indevido a exigência do ICMS-DIFAL, relativo aos mesmos insumos. Infrações 2 e 3 improcedentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou parte dos valores exigidos no Auto de Infração lavrado em 28/06/2013 para exigir ICMS no valor de R\$156.336,67, relativo a quatro infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2 e 3 que acusam:

- 1. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta na descrição dos fatos, que o contribuinte usufrui do Desenvolve para a produção de material elétrico. E que foi refeita a Apuração do ICMS devido, com a utilização da IN 27/09 abatendo o valor do ICMS recolhido (2008, 2009 e 2010), resultando em recolhimento a menor do ICMS, nas operações não sujeitas ao Benefício Fiscal em alguns meses do exercício de 2008 - R\$109.602,14. Multa de 60%.*
- 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (2008 e 2009) - R\$18.777,99. Multa de 60%.*
- 3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento (2008 e 2009) - R\$23.756,90. Multa de 60%.*

No que se refere as infrações 1, 2 e 3, na Decisão proferida (fls. 795 a 825), inicialmente foi apreciado que o Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, com apuração de bases de cálculo e demonstrados, com identificação e qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos infringidos da legislação tributária, inexistindo vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer o direito à ampla defesa e o contraditório.

Ressaltou que o processo foi objeto de revisão por fiscal lotado na ASTEC/CONSEF, em cumprimento de diligência, cujos resultados gerados foram examinados (fl. 783).

No mérito ressaltou que na defesa foi suscitado em razões preliminares de mérito, a decadência dos créditos tributários correspondentes aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e julho de 2008, relativamente às infrações 1, 2, 3 e 4, do Auto de Infração e apreciou que:

Em relação às infrações 02 e 03, relacionadas respectivamente às cobranças de ICMS por creditamento indevido do imposto e correspondente diferença de alíquotas (ICMS-DIFAL), a defesa, entre as folhas 439 e 445

deste processo, apresentou a composição dos produtos que fabrica e vende (chaves, fusível, reatores, bobinas, núcleos SO Selo PROCEL, entre outros), sendo verificado que são os mesmos que integram essas cobranças, conforme detalhado no Demonstrativo do A.I., inserido às fls. 50 a 54, e notas fiscais. Trata-se de insumos e embalagens do processo de produção de materiais elétricos fabricados no estabelecimento autuado, envolvendo diversos itens, entre eles porta-fusíveis, parafusos, paletes de madeira, caixas de papelão, arruelas, rebites, porcas, fitas adesivas, cabos, entre outros, não cabendo a exigências de ICMS a título de crédito indevido e correspondente diferencial de alíquotas. Os próprios autuantes reconheceram, na fase de informação fiscal, serem indevidas as referidas cobranças e apresentaram novo Demonstrativo para essas ocorrências, à fl. 655 dos autos, reduzindo a zero as infrações 02 e 03. Julgo, no mérito, IMPROCEDENTES as citadas infrações, na sua totalidade, de forma que considero prejudicado o exame da alegação defensiva de decadência de parte dos créditos lançados no A.I., entre os meses de janeiro a julho de 2008, visto que a improcedência da totalidade das cobranças atinge também os valores objeto de arguição de decadência.

Passo doravante ao exame de mérito da Infração 01, que contém a imputação de recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto não sujeita à dilação de prazo para pagamento pelo benefício fiscal do DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 8.205/05. Em relação a essa cobrança o contribuinte também suscitou a decadência em relação os valores lançados entre os meses de jan. a jul. de 2008, invocando a aplicação ao caso, das disposições do art. 150, § 4º do CTN, que 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 à homologação, será de 5 (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.

As controvérsias relacionadas com o tema da decadência no ICMS encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que se conta 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.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), a contagem do prazo decadencial era unificada sendo considerado como “dies a quo” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Discorreu sobre a apreciação da matéria, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), objeto da edição da Súmula Vinculante 08/2008, embasado nos REs 560.626-1, 556.664- 1 e 559.943-4 (art. 146, III, “b”, da CF 88), com fundamento de que a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por lei complementar de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário e somente o CTN poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária.

Ponderou sobre os fundamentos que conduziram à edição da SV/STF nº 08/2008, alinhavados, com hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, acolhidos em decisões recentes originárias do TJBA (Apelação nº 0510938 - 28.2013.8.05.0001; Ag Re nº 0566887-03.2014.8.05.0001/50000) e do STJ (AgRg REsp 1532105 e AgRg REsp nº 131802015-RS/2013).

Em seguida discorreu sobre a publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0 da PGE/PROFIS consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual.

Apresentou um resumo à fl. 807 sobre o conteúdo do Incidente de Uniformização da PGE, que referencia a modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, revogação do art. 107-B do COTEB, reconhecimento da mudança de orientação jurisprudencial, aplicação da orientação fixada pela SV 08 do STF, a existência de débito declarado e não pago ou ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), que se aplica a regra do art. 173, I, do CTN e quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação).

Com base nessas premissas teóricas apreciou que com relação à infração 1, foi formalizado o lançamento exigido recolhimento a menor do tributo por erro da determinação da parcela sujeita à dilação de prazo do Programa – DESENVOLVE, apurado pelo contribuinte na conta corrente do ICMS e devidamente informada ao fisco estadual, concluindo que “o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas” e que:

Essas situações se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento e o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade daqueles atos.

Em seguida, fundamentou que a aplicação a situação presente se amolda à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF e Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido de que depois da edição da referida Súmula Vinculante a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB não seriam mais válidas.

Por fim, apreciou que no caso concreto:

Os fatos objetos da presente autuação indicam operação declarada com pagamento integral (na visão da Impugnante) ou parcial (na visão do Fisco estadual), com evidente ausência de dolo, fraude ou simulação, não resta dúvida quanto à aplicabilidade do §4º do artigo 150 do CTN ao caso concreto, de acordo com o entendimento do órgão de representação jurídica do Estado da Bahia.

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 04/07/2013, os fatos geradores anteriores a essa data, integrantes da infração 01, compreendo os meses de janeiro, fevereiro, março e maio de 2008, foram fulminados pela decadência, de forma que esses créditos tributários ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN.

Em relação aos valores remanescentes deste item da autuação, relacionados aos meses de julho e novembro de 2008, nas importâncias, respectivamente, de R\$5.132,06 e R\$10.926,21, observo que a diligência da ASTEC, em relação à totalidade do levantamento fiscal, relatou, no Parecer Técnico 118/16 (fls. 745/746), que não há nos autos qualquer indicativo ou prova documental que evidencie que a empresa autuada realizou operações de aquisição, via importação, incentivadas pelo programa DESENVOLVE, fato inclusive documentado no Demonstrativo inserido à fl. 49 dos autos. Portanto, os reclamos do contribuinte quanto à revisão dos valores da parcela incentivada pelo DESENVOLVE não encontram respaldo em qualquer evidência probatória. Trata-se, portanto, de fato alegado e não provado, razão pela qual, mantenho a exigência da infração 01, com exclusão dos períodos alcançados pela decadência.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte composição: Infração 01 – PROCEDENTE EM PARTE – R\$16.057,27 (meses de jul e nov de 2008); Infrações 02 e 03 – IMPROCEDENTES; Infração 04 – PROCEDENTE – R\$4.199,64, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte.

Foi exarado um voto em Separado pelo Julgador Vladimir Miranda Morgado (fls. 809 a 825), no qual alinhou-se ao “reconhecimento da decadência tendo como critério de contagem inicial a data da efetivação do fato gerador, e não o do primeiro dia do ano seguinte ao da sua ocorrência”, propondo a rediscussão do Parecer da PGE/PROFIS no sentido de aplicação da decadência para fatos geradores ocorridos antes de 12/06/2008.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dr. Pedro Oliveira - OAB/BA nº 46.770.

VOTO

O Recurso de Ofício, interposto pela 5ª JJF decorre da desoneração em parte da infração 1 e total das infrações 2 e 3.

No tocante a infração 1, que acusa recolhimento a menor do ICMS decorrente de erro na apuração dos valores do Desenvolve nos meses de 01/08, 02/08, 03/08, 05/08, 07/08 e 11/08, foi acolhido o argumento de que ocorreu decadência dos valores exigidos no período de janeiro a maio/2008.

Constato que conforme demonstrativo de fl. 49 foi apurado os valores que a fiscalização entendeu como devidos e deduzido os valores que foi apurado pela empresa que tinha entendido como devido, resultando nas diferenças exigidas na autuação.

Pelo exposto, trata-se de situação em que contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que seria devido, correspondente às operações declaradas.

Neste caso, em conformidade com o entendimento manifestado no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da PGE/PROFIS, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2013, com ciência do contribuinte em 04/07/2013, considero correta a Decisão de que operacionalizou-se a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro, fevereiro, março e maio de 2008.

Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 1, com redução do débito de R\$109.602,14 para R\$16.057,27 (R\$5.132,06 e R\$10.925,21).

No tocante às infrações 2 e 3, os demonstrativos de fls. 50 a 54 relaciona aquisições de mercadorias que a fiscalização acusou ter sido destinada a uso ou consumo do estabelecimento e exigiu ICMS a título de crédito indevido na infração 2 e ICMS-DIFAL na infração 3.

Conforme apreciado na decisão recorrida, o sujeito passivo juntou com a defesa descritivo técnico do produto CHAVE FUSÍVEL DE DISTRIBUIÇÃO que fabrica (fls. 421 a 436); no Anexo G de fl. 437, os diversos tipos de chaves e PORTA-FUSÍVEL e relacionou os componentes utilizados nos produtos que fabrica e vende (chaves, fusível, reatores, bobinas, arruelas, parafusos, porcas, selo, filme, cantoneira, resina, emenda, capacitor, tubo).

Já na fotografia de fl. 445 apresentou as caixas de madeiras (produzida: madeira, filme, fita, prego) e de papelão que são utilizadas como embalagem dos produtos fabricados e comercializados.

Ressalte-se que os próprios autuantes reconheceram na informação fiscal que se equivocaram, por não se tratar de material destinado a uso ou consumo e sim empregado na fabricação de produtos e embalagens que são comercializados (fls. 649 a 655).

Pelo exposto, tendo restado comprovados que as mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 50 a 54, trata-se de insumos e embalagens do processo de produção de materiais elétricos fabricados no estabelecimento autuado, fica mantida a decisão da Primeira Instância pela improcedência das infrações 2 e 3.

Portanto, não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 5ª JJF, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0006/13-9**, lavrado contra **T&D BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.256,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.057,27 e 150% sobre R\$4.199,64, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “a” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS