

A.I. Nº - 278936.0002/22-3
AUTUADO - CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/08/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0162-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Excluídas as operações de transferências internas com base na Súmula 08 deste Conselho. Acolhida a decadência parcial do lançamento relativa aos fatos geradores ocorridos em janeiro a abril de 2017 Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/03/2021, para exigir ICMS no valor de R\$ 187.406,17, referente ao período compreendido entre janeiro de 2017 a novembro de 2018, tendo em vista a apuração da seguinte infração:

Infração 01- 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributáveis, regularmente escrituradas. Multa aplicada de 60%, com previsão no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

O autuado através de advogado legalmente habilitado, ingressa com defesa, fls. 32 a 36, e, após transcrever o teor da acusação e falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa, argui a decadência, com base no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, relativo aos períodos de 31/01/2017, 28/02/2017, 31/03/2017 e 30/04/2017, considerando que a ciência da Impugnante da lavratura deste Auto de Infração se deu em 11/05/2022, via Domicílio Tributário Eletrônico (Doc. 04).

No mérito, destaca que, como se observa na planilha “*DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS*”, elaborada pelo Autuante para instruir o lançamento, foram incluídas diversas operações com CFOP 5409.

Ocorre que tal CFOP identifica “*transferências para outro estabelecimento da mesma empresa, de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária*”, ou seja, trata-se de operações de transferência de mercadorias entre matriz e filial, as quais não configuram fato gerador de ICMS.

Salienta que todos os estabelecimentos do Contribuinte estão situados no mesmo município – Vitória da Conquista, Bahia. Trata-se de transferências internas, portanto, sendo a inexigibilidade do imposto reconhecida pela Súmula nº 08 deste Conselho de Fazenda, segundo a qual “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Informa que as operações com CFOP 5409 (cujos lançamentos não foram atingidos pela decadência) estão destacadas em amarelo na planilha anexa (Doc. 05) e somam uma cobrança indevida do montante histórico de R\$ 6.421,74 (seis mil, quatrocentos e vinte e um reais e setenta e quatro centavos), que deve ser excluído da cobrança.

Assim, nos termos da fundamentação *supra*, devem ser excluídos da cobrança os lançamentos alcançados pela decadência, a seguir identificados:

DATA DO FATO GERADOR	VALOR HISTÓRICO
31/01/2017	17.453,39
28/02/2017	5.810,28
31/03/2017	18.902,30
30/04/2017	19.677,17
TOTAL	61.843,14

Acrescenta que devem ser excluídas as cobranças que recaem sobre operações que não configuram fato gerador de ICMS (CFOP 5409), no valor total de **R\$ 6.421,74** (seis mil, quatrocentos e vinte e um reais e setenta e quatro centavos).

Abatidos tais valores, remanesce um débito no valor histórico de R\$ 119.141,32 (cento e dezenove mil, cento e quarenta e um reais e trinta e dois centavos), que a Impugnante reconhece como devido e já se encontra recolhido/parcelado no momento de apresentação desta defesa, com acréscimos moratórios e multa de ofício reduzida.

Finaliza requerendo que seja acolhida a presente defesa para julgar-se pela improcedência parcial do auto de infração, reputando-se devido o valor histórico de R\$ 119.141,32 (cento e dezenove mil, cento e quarenta e um reais e trinta e dois centavos).

Requer-se, também, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como *custos legis*, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

O autuante presta a Informação Fiscal, fl. 51, afasta o pedido de decadência e não concorda com o argumento da não incidência do ICMS nas transferências, transcrevendo o disposto no art. 4º da Lei 7.014/96, e mantém o seu procedimento.

Considerando o disposto na Súmula 08 deste Conselho: *“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”*.

Considerando que após verificar o demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento, fls. 07 a 21 foi constatado que grande parte das operações autuadas dizem respeito às operações internas, porém, não foram informados os respectivos CFOPs.

Na sessão suplementar realizada em 31 de janeiro de 2023, os membros desta 4ª JJF decidiram pela conversão do processo em diligência para que o autuante excluísse do levantamento original as operações de transferências internas, em consonância com a Súmula nº 08 deste Conselho.

Após, a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos demonstrativos que forem acostados pelo autuante, concedendo o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

O autuante à fl. 59 informou que em atendimento à diligência solicitada, elaborou novos demonstrativos, fls. 61 a 67 e apresentou demonstrativo de débito, que totaliza o montante de R\$ 179.762,06.

A autuada ao ser cientificada se pronuncia às fls. 72 a 73 aduzindo que em atendimento à diligência determinada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, o Autuante retificou a planilha da infração única deste auto, excluindo todos os lançamentos relativos a operações identificadas com CFOP 5409, representativas de transferências internas e que, portanto, não amparam a cobrança de ICMS, na forma da Súmula nº 08 do CONSEF.

Assevera que o autuante cumpriu integralmente os termos da diligência que lhe fora determinada, apurando um débito remanescente de R\$ 179.762,06 (cento e setenta e nove mil, setecentos e sessenta e dois reais e seis centavos). Excluídos os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram de janeiro a abril de 2017 – alcançados pela decadência, conforme minudenciado na impugnação -, resta o débito em valor histórico de R\$ 119.141,32 (cento e dezenove mil, cento e quarenta e um reais e trinta e dois centavos), já recolhido integralmente, com acréscimos moratórios e multa de

ofício reduzida, anteriormente à defesa, como também comprovado na oportunidade (Doc. 06).

Pugna pelo acolhimento da retificação da cobrança realizada pelo Autuante, ao tempo em que reitera o pedido de reconhecimento da decadência com relação aos fatos geradores ocorridos em 31/01/2017, 28/02/2017, 31/03/2017 e 30/04/2017, homologando-se o recolhimento já realizado.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 25/03/2023 e diz respeito à cobrança de ICMS no valor de R\$ 187.406,17, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada.

O autuado suscitou a decadência relativa aos lançamentos efetuados pelo autuante, reativos aos fatos geradores ocorridos em 31/01/2017, 28/02/2017, 31/03/2017 e 30/04/2017, nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, *“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”*.

O § 4º estabelece que, *“se a lei não fixar prazo à homologação, será ele 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”*. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150, § 4º do CTN.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF, a PGE/PROFIS promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em ***Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0***, nos seguintes termos:

1 Conta-se 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.

2 O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 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. 150, 4º, 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.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, o autuado efetuou o lançamento dos documentos fiscais que deram causa à referida infração, portanto, declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio. Assim sendo, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN.

Isto posto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 11/05/2022, vez que o contribuinte tomou ciência da lavratura do Auto de Infração naquela data, que é o marco para a contagem do prazo decadencial.

Desta maneira, devem ser excluídos da infração os lançamentos referentes aos meses de janeiro a abril de 2017, nos valores de R\$ 17.453,39; R\$ 5.810,28; R\$ 18.902,30 e R\$ 19.677,14, totalizando o montante de R\$ 61.843,11.

No mérito, em relação ao valor remanescente de R\$ 125.563,06, observo que o sujeito passivo na apresentação da defesa reconheceu como devido o montante de R\$ 119.141,32. Impugna o valor de R\$ 6.421,74 asseverando que se tratam de operações com CFOP 5409, referentes a transferências de mercadorias entre matriz e filial, as quais não configuram fato gerador de ICMS.

Considerando que o autuante ao prestar a Informação Fiscal não concordou com o argumento defensivo o processo foi convertido em diligência para que tais operações fossem excluídas, face a Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, que assim estabelece: “*não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Em atendimento ao quanto solicitado o autuante elaborou novos demonstrativos excluindo as referidas operações, alterando o valor exigido para R\$ 179.762,06.

Acato as conclusões do autuante, responsável pela análise dos documentos e lançamentos fiscais efetuados pelo contribuinte, que serviram de base para a elaboração das planilhas analíticas analítico de fls. 61 a 67 que resultou no demonstrativo de débito de fl. 59. Entretanto, observo que no referido demonstrativo constam os valores referentes aos meses de janeiro a abril de 2017, que foram alcançados pela decadência.

Dessa forma, feita a exclusão, no demonstrativo de fl. 59, dos valores apurados nos referidos meses de Janeiro a abril de 2017, que totaliza R\$ 60.620,72, resulta no valor devido de R\$ 119.141,34. Consequentemente a infração 01 é parcialmente subsistente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 119.141,34, sendo que o referido valor foi recolhido pelo sujeito passivo, conforme se verifica no extrato emitido pelo Sistema SIGAT, devendo tais valores serem homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278936.0002/22-3**, lavrado contra **CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 119.141,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 devendo o mesmo ser cientificado desta decisão e homologado os valores já recolhidos, conforme extrato emitido pelo Sistema SIGAT.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR