

PROCESSO	- A. I. N° 108529.0005/20-0
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0472-12/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0184-12/24-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Conforme já pacificado na jurisprudência do CONSEF, através da Súmula nº 12, para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração. Não há de se confundir “ciência” do Auto de Infração com “reabertura de prazo” por suposto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte em relação ao Auto de Infração. Considerando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 18/05/2020 não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos 03/2017 e 12/2017 restando correta a Decisão da CJF em restabelecer os valores originalmente exigidos. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração apresentado contra a **Decisão da 2ª CJF (0472-12/23-VD)** que julgou pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício e ao Recurso Voluntário interposto contra Acórdão nº 0207-06/23-VD, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito original exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 482.331,57, sob acusação de ter o contribuinte recolhido a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em todos os meses de 2017.

A Decisão da JJF, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 3.595,91,

Em seguida, foram julgados Os recursos pela 2ª CJF, cujo voto agora transcrevo:

“VOTO”

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo, estabelecimento sob Inscrição Estadual nº 102.946.189, do débito originalmente exigido no lançamento de ofício de R\$ 482.331,57 para R\$ 3.595,91, resultando em montante superior a R\$ 200.000,00 (fl. 91), conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, no que diz respeito à acusação de ter o contribuinte recolhido a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em todos os meses de 2017.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram reformados em decorrência da revisão procedida, quando da informação fiscal realizada por preposto fiscal estranho ao feito, para acolher os argumentos de defesa e excluir as operações de transferências internas do levantamento fiscal, diante do fato de tal matéria já se encontrar pacificada neste CONSEF, conforme Súmula 08, no sentido de que “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”, cujo entendimento foi corroborado a partir do posicionamento da PGE/PROFIS, conforme Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, pelo qual firmou posição no sentido de não caber a incidência do ICMS nestas operações.

Contudo, da análise do demonstrativo de débito da referida revisão fiscal, às fls. 61 a 63 dos autos (em CD, à fl. 64), verifica-se que totaliza R\$ 49.291,19 e não o valor consignado pela JJF de R\$ 3.595,91, conforme a seguir demonstrado:

Data Ocorrência	Valor ICMS Revisão	Valor ICMS Decisão
31/01/2017	-	-
28/02/2017	121,75	121,75
31/03/2017	45.708,64	20,51
31/04/2017	2.113,76	2.113,76
31/05/2017	-	-
30/06/2017	21,95	21,95
30/07/2017	14,61	14,61
30/08/2017	-	-
30/09/2017	-	-
30/10/2017	334,57	334,57
30/11/2017	-	-
30/12/2017	975,91	968,76
TOTAIS:	49.291,19	3.595,91

Observa-se que os valores ínsitos na revisão fiscal, nos meses de março e dezembro, foram reduzidos pela Decisão recorrida, que:

1. No mês de março, ao invés de consignar R\$ 45.708,64, considerou apenas o valor de R\$ 20,51, inerente à Nota Fiscal-e nº 1165431, de 27.03.2017, sob CFOP 6.152 (transferência interestadual), desconsiderando o valor de R\$ 45.688,13 correspondente às operações de vendas, sob CFOP 5.102 (fls. 61/62);
2. Em dezembro, considerou R\$ 968,76 do valor apurado de R\$ 975,91, cuja diferença de R\$ 7,15 refere-se à Nota Fiscal-e nº 1384501, de 27.12.2017, sob CFOP 5.102 (fl. 63)

Diante de tais considerações, por vislumbrar injustificáveis as glosas efetuadas pela Decisão recorrida, em relação às operações de vendas, sob CFOP 5.102, nos referidos meses de março e dezembro, dou Provimento Parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer os débitos de R\$ 45.688,13, referente ao mês de março, e R\$ 7,15, inerente ao mês de dezembro, perfazendo o débito no total de R\$ 49.291,19, nos termos do Demonstrativo de fls. 61 a 63 dos autos.

Quanto à pretensão posta no Recurso Voluntário no sentido de nulidade da autuação por violação a princípios basilares do processo administrativo fiscal, já que deveria a fiscalização ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento fatos que não confirmam a possibilidade da exigência do tributo, com o maior grau de aproximação da verdade possível e, dessa forma, exigir ICMS indevido, mancha com a pecha de nulidade a autuação, TEMOS a ressaltar que a irresignação do sujeito passivo cinge-se tão-somente às operações interestaduais de transferências, sob CFOP 6.152, haja vista que as operações internas de transferência já foram objeto de exclusão quando da informação fiscal e de acolhimento na Decisão recorrida.

Dentro deste contexto, da análise do demonstrativo analítico de fls. 61 a 63 dos autos, observa-se que o valor remanescente de R\$ 49.291,19 comprehende-se de: R\$ 45.695,28 de operações sob CFOP 5.102 (vendas internas de mercadorias); R\$ 2.292,58 de operações sob CFOP 6.152 (transferências interestaduais de mercadorias) e R\$ 1.303,33 de operações sob CFOP 6.552 (transferências interestaduais de bem do ativo imobilizado – cofre e carros cliente), cujas saídas não foram tributadas, com exceção da Nota Fiscal-e nº 1384501, CFOP 5.102 (pela qual exige-se diferença do imposto debitado, fl. 63).

No que tange às operações sob CFOP 5.102 (vendas internas de mercadorias), com ICMS de R\$ 45.695,28, sequer foi objeto de irresignação do sujeito passivo, sendo cristalina a pertinência de sua exigência.

Portanto, a lide se restringe às operações sob CFOP 6.152 e 6.552, nos valores respectivos de: R\$ 2.292,58 e R\$ 1.303,33, no total de R\$ 3.595,91.

Conforme é notório, foi apreciada pelo STF a ADC 49, cuja decisão de 22/04/2021, por maioria, declarou a **inconstitucionalidade do dispositivo da LC 87/96 que previa a incidência de ICMS sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte**, tendo sido interposto embargos de declaração por parte do Estado do Rio Grande do Norte, cujo resultado foi proclamado, em 19/04/2023, tendo naquela oportunidade a Suprema Corte estipulado a modulação temporal dos efeitos a partir de 01/01/2024, nos termos dos excertos a seguir:

“Por fim, quanto ao pedido da modulação dos efeitos temporais da decisão considero que presentes razões de segurança jurídica e interesse social (art. 27, da lei 9.868/99) que justifiquem eficácia pró-futuro da decisão **preservando-se as operações praticadas** e estruturas negociais concebidas pelos contribuintes, sobretudo, aqueles beneficiários de incentivos fiscais de ICMS no âmbito das operações interestaduais.

[...]

No cenário de busca de segurança jurídica na tributação e equilíbrio do federalismo fiscal, julgo procedentes os presentes embargos para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais

pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito. Exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos". (grifo nosso)

Portanto, vislumbro que se deva **abster** da exigência de tais operações de transferências, considerando:

1. O valor ínfimo em discussão sob CFOP 6.152 e 6.552, no montante de R\$ 3.595,91;
2. A própria decisão do STF de que:
 - a) "O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual";
3. A modulação posta que estabeleceu:
 - a) "... preservando-se as operações praticadas e estruturas negociais concebidas pelos contribuintes";
 - b) Para aplicação da "eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes ...";
4. E, por fim, que o contribuinte **não** ofereceu à tributação, à época das efetivas operações, ao contrário do consignado pela JJF de "... tendo a autuada tributado as operações realizadas, entendo possível a cobrança ora efetuada ...".

Portanto, não tendo o contribuinte oferecido à tributação as operações de transferências interestaduais em 2017 e, quando autuado em 31/03/2020, interposto impugnação ao lançamento de ofício em 29/07/2020, tais circunstâncias remetem à aplicação da constitucionalidade do dispositivo da LC 87/96 que previa a incidência de ICMS sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, declarada pelo STF através da ADC 49, em 22/04/2021, considerando a modulação dos efeitos a consignar: **preservando-se as operações praticadas** e também "eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes ...".

Diante destas considerações, dou Provimento ao Recurso Voluntário, abstendo-me de exigir o imposto relativo às operações de transferências, sob CFOP 6.152 e 6.552.

Do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício e PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 45.695,28 (fls. 61/63), após exclusão dos valores relativos aos CFOP 6.152 e 6.552.

Data Ocorrência	Valor ICMS 2ª CJF
31/01/2017	-
28/02/2017	-
31/03/2017	45.688,13
31/04/2017	-
31/05/2017	-
30/06/2017	-
30/07/2017	-
30/08/2017	-
30/09/2017	-
30/10/2017	-
30/11/2017	-
30/12/2017	7,15
TOTAIS:	45.695,28

No pedido de Reconsideração. O requerente aponta violação aos princípios basilares do processo administrativo fiscal e aduz que: "Assim, a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo. Conclui-se, portanto, que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível. Dessa forma, ao exigir-se ICMS sobre operações que estão fora do campo de incidência do tributo, a consequência foi a mancha com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo a medida que se impõe, o decreto de anulação da integralidade do auto de infração".

É o relatório.

VOTO

O art. 169, Inciso I, alínea "d" do RPAF/99, prevê que caberá Pedido de Reconsideração da Decisão de CJF, que tenha, em julgamento de **Recurso de Ofício**, reformado no mérito a de Primeira Instância, em Processo Administrativo Fiscal.

O inciso V, do art. 173 do mesmo RPAF/99, aduz que não se condecorá do Recurso sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao Pedido de Reconsideração previsto na alínea “d”, do inciso I do art. 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

- i. Que na decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado no mérito a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;
- ii. Que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Analizando o Pedido de Reconsideração interposto e as demais peças processuais, percebo que **os requisito “i”**, porque Acordão desta 2^a CJF nº (0472-12/23-VD) analisou as matérias de fato e o fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e foram apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Dos documentos constantes no PAF, em especial o demonstrativo de débito da revisão fiscal, às fls. 61/63 e CD à fl. 64, constato que:

- a) No mês de março, não foi consignado R\$ 45.708,64 correspondente às operações de venda sob CPFOP 5.102(fl.62), só considerado o valor de R\$ 20,51 correspondente à Nota Fiscal-e nº 1165431, de 27/03/2017, sob CFOP 6.152 (transferência interestadual – fl. 62);
- b) No mês de dezembro/2017, considerou R\$ 968,76 do valor apurado de R\$ 975,91, cuja diferença de R\$ 7,15 refere-se a Nota Fiscal-e nº 1384501, de 27/12/2017, de CFOP 5.102(fl. 63).

Considerando-se a documentação juntada aos autos, bem como toda análise dos documentos feita durante o processo administrativo, estou convencido que não há motivos para anulação da integralidade do auto de infração. Conforme demonstrado nos itens “a” e “b” o valor total consignado é de R\$ 49.291,19, conforme Acordão da 2^a CJF nº 0472-12/23-VD e não o valor consignado pela 6^a JJF de R\$ 3.595,91.

Em face do acima exposto, dou CONHECIMENTO ao pedido e NEGO PROVIMENTO quanto ao mérito da reforma apresentada na segunda instância (Recurso de Ofício).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 108529.0005/20-0, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 45.695,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, de 06 maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS