

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0001/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LANXESS - INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDOS - LANXESS - INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0057-04/06
ORIGEM - IFEP - DATA/METRO
INTERNET - 07/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0227-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. TRATAMENTO DE ÁGUA. **b)** TRATAMENTO DE EFLUENTES. **c)** MATERIAIS DIVERSOS. **d)** ÓLEO DE MAMONA HIDROGENADO E ÓLEO DE SILICONE. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Infração parcialmente comprovada, haja vista que diligência revisora traz aos autos comprovação de que parte dos materiais trata-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Infração parcialmente procedente. **e)** ATIVO IMOBILIZADO. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração comprovada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** TRATAMENTO DE ÁGUA. **b)** TRATAMENTO DE EFLUENTES. **c)** MATERIAIS DIVERSOS. **d)** ÓLEO DE MAMONA HIDROGENADO E ÓLEO DE SILICONE. Tratando-se de parte dos mesmos materiais de que cuida o item anterior, é devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração parcialmente caracterizada 3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO EFETIVA DA SAÍDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interposto pelo recorrente contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte no Acórdão nº 0057-04/06, lavrado em 17/08/2005, exige ICMS totalizando o valor de R\$770.940,28 e multas de 60%.

O lançamento de ofício exigiu ICMS e multa em razão das seguintes irregularidades:

1. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais de consumo empregados no tratamento de água, conforme Anexo 02, integrante deste PAF. ICMS de R\$11.156,46.*

2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, e destinadas a consumo do estabelecimento. Materiais de consumo adquiridos de outras unidades da Federação utilizados no tratamento de água conforme Anexo 2 integrante deste PAF. ICMS de R\$11.347,36.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais de consumo empregados no tratamento de esfuentes, conforme Anexo 03, integrante deste PAF. ICMS de R\$64.654,20.
4. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. O contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais, no mês de entrada do bem, a partir do Livro de Registro de Entradas, sem observar o rateio deste mesmo crédito fiscal a razão de 1/48 (CIAP). Conforme Anexo 04, integrante deste PAF. ICMS de R\$69.365,81.
5. Deixou de recolher ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Contribuinte enviou produtos para a Zona Franca de Manaus sem o conhecimento da SUFRAMA- produto entregue em lugar diverso, conforme Anexo 05, integrante deste PAF. ICMS de R\$187.188,02.
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais diversos não discriminados anteriormente nas infrações já caracterizadas. Contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais, mercadorias cujo CFOP é 197 e 297, conforme Anexo 06, integrante deste PAF. ICMS de R\$3.247,70.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Conforme Anexo 07, integrante deste PAF. ICMS de R\$34.552,86.
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Materiais diversos, não discriminados anteriormente nas infrações já caracterizadas, conforme Anexo 08, integrante deste PAF. ICMS de R\$22.452,82.
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte adquiriu materiais que são utilizados para lubrificação de equipamento industrial e outros utilizados na manutenção geral enquadrados com CFOP incorreto – Materiais de uso ou consumo adquiridos e, portanto, créditos fiscais indevidos, conforme Anexo 09, integrante deste PAF. ICMS de R\$238.661,54.
10. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Contribuinte adquiriu materiais que são utilizados para lubrificação de equipamento industrial e outros utilizados na manutenção geral enquadrados com CFOP incorreto – Materiais de uso ou consumo portanto, adquiridos sem o recolhimento da diferença de alíquotas de ICMS correspondente, conforme Anexo 09, integrante deste PAF. ICMS de R\$23.495,93.
11. Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Contribuinte não apresentou comprovação das operações de exportação, as quais não constam dos arquivos do Sistema Siscomex, conforme Anexo 10, integrante deste PAF. ICMS de R\$104.637,58.

A Sra. relatora do PAF quando do julgamento de 1^a Instância assim se manifestou:

“O autuado, em sua peça de defesa, suscitou a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período relativo ao período de janeiro a julho de 2000, sob o argumento de que “o lançamento é feito por homologação mensal de acordo com o fato gerador”, acorde as Decisões judiciais que transcreveu. Ocorre que, embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária. Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Entendeu também que “na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período relativo ao exercício de 2000 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/05. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 17/08/05, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo. “O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados” . Transcreve os Acórdãos CJF nº 0274-12/02; CJF nº 0150-12/02 e CJF nº 0260-11/02. Deste modo concluiu “ser procedente os lançamentos das infrações referentes ao período de janeiro a julho de 2000, impugnadas pelo contribuinte, em razão da alegação de decadência.”

Em seu voto manifesta-se em relação à infração 1 - utilização indevida de crédito fiscal - dizendo que se trata de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, materiais de consumo, empregados no tratamento de água, (fls. 36 a 41) produtos como Nalco, Hipoclorito de Sódio. Constatou “ que os produtos cujo crédito fiscal foi glosado, por serem utilizados no tratamento de água não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição ”. Considerou procedente a ação fiscal.

Na infração 2, - falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento dizem respeito aos mesmos materiais utilizados no tratamento de água, tais como Nalco e Hipoclorito De Sódio. Logicamente este item está correlacionado com o item precedente, e “como as mercadorias foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, é devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme previsto no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97. Infração mantida.”

A infração 3 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento- Materiais empregados no tratamento de efluentes,(Anexo 03, de fls. 42 a 46). Trata-se de Soda Cáustica Líquida e Soda Cáustica em Escamas. Entendeu a Sra. relatora que os mesmos “não participam de processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição, a infração deve ser mantida”.

Na infração 5 - ICMS relativo saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção do imposto- , pois não há comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Os autuantes verificaram que os produtos relacionados no Anexo 5, de fls. 113 a 115,

foram entregues em locais diversos. A empresa em sua peça de defesa relaciona as Notas Fiscais nºs 67, 4686, 503, 518, 4817, 553, 4909, 571, 606, 4961, 4989, 728, 5075, 5123, 869, 923, 5295, 5296, 5399, 2199, cujas comprovações de internamentos, na Zona franca de Manaus, foram acatadas pelos autuantes, que elaboraram novos demonstrativos às fls. 523 a 525, com os valores remanescentes. Assim elabora um novo demonstrativo de débito.

A infração 08 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - conforme Anexo 08 de fls. 192 a 226 do PAF. O contribuinte reconheceu a infração no período posterior a 31/07/2000. Infração mantida.

Na infração 9, inicialmente o autuado reconhece a exigência fiscal, relativa às Notas Fiscais nºs 104004, 37015 e 38226, nos valores de R\$11,81, R\$171,33; R\$216,83, referentes a cadeira giratória e material auxiliar de produção. Nesta infração, os autuantes entenderam que o Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo de Silicone 200 Fluído 1000 CS, eram utilizados para lubrificação do equipamento industrial da impugnante, mas não verificaram “in loco” o processo produtivo da impugnante, baseando-se em informações obtidas por funcionários, que supostamente participavam da produção. A contrário sensu, a defesa assevera que o Óleo de Mamona Hidrogenado era utilizado como matéria prima do produto CYCOGEL, produzido à época. Já o Óleo de Silicone 200 Fluido 1000 CS, era utilizado como matéria prima do CYOGEL AMF-25245 e do LUSTRAN, também produzidos à época pelo impugnante. Visando comprovar essa assertiva, o autuado apresentou a composição dos produtos CYCOGEL e LUSTRAN, na tentativa de evidenciar, inequivocadamente, a utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e do Óleo de Silicone 200 Fluído CS, como insumos do seu processo produtivo. Esclareceu, ainda, que na indústria plástica (ramo de sua atividade), a função básica dos referidos óleos é a lubrificação do plástico, integrando-se ao produto final. Sem estes insumos, esclarece que o produto final não seria maleável e racharia, perdendo as suas características essenciais. Convém ressaltar que em vista da controvérsia, o processo foi diligenciado à inspetoria de origem, tendo auditor fiscal estranho ao feito respondido quanto à utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e do Óleo de Silicone 200 fluido 1000 CS, da seguinte forma: “....Uma verificação “in loco” do consumo dos aditivos Óleo de Mamona e Óleo de Silicone não seriam mais possível, devido ao fato de não mais existir a elaboração dos produtos CYCOGEL e LUSTRAN, gerados a partir deles e de outros insumos/matérias primas. A resina Lustran passaria a ser produzida a partir de março ou abril do corrente ano, aí se poderia verificar na prática se ao menos o silicone é usado como insumo.”

“Conversei com um colega que tem conhecimentos técnicos sobre essa área de trabalho com resinas poliméricas para obtenção de materiais plásticos. Ele consultou alguns manuais que indicavam a possibilidade de uso dos óleos de mamona e de silicone como insumos que se agregam aos produtos finais (resinas) para lhes dar maior maleabilidade. Porém não poderia afirmar que eles foram usados pelo autuado com esse fim.”

O diligente ainda conclui que:

“Diante dos fatos apresentados, posso dizer que existe a possibilidade de uso desses óleos, como insumos que se agregam ao produto final, em processos produtivos em que se transformam resinas poliméricas em formas mais adequadas ao uso final, ou seja, em plásticos de engenharia.

Outra possibilidade seria a de uso em parte como insumo e parte como lubrificante de peças e equipamentos – informação obtida pelos autuantes.

Contudo, não há como precisar, tecnicamente, diante dos elementos de provas disponíveis, serem verdadeiras as assertivas acima mencionadas, ou seja, afirmar com segurança que os óleos de mamona e de silicone são utilizados como insumo, mesmo que parcialmente para a fabricação das resinas poliméricas CYCOGEL e Lustran e a elas se incorporam”.

Ademais, cabe salientar que foi juntado aos autos, pelo defensor, documentos que exibem o óleo de mamona hidrogenado com a apresentação em flocos ou moído, com máximo de 2 mm de granulometria (docs. Fls. 634 a 637), produto que segundo a empresa autuado não se prestaria para a lubrificação de máquinas e equipamentos.

Dianete das assertivas acima, considero que a acusação está permeada de insegurança, e não tendo sido comprovado que tais produtos foram utilizados exclusivamente na lubrificação de equipamentos, como entenderam os autuantes, voto pela nulidade deste item da autuação, na parte relativa a tais produtos, remanescente R\$ 11,81, R\$ 11,56, R\$ 171,33; R\$ 216,83, referentes a cadeira giratória e material auxiliar de produção. Infração parcialmente procedente.

Na infração 10, interligada com a infração anterior, entendo que devem remanescer os valores relativos à cadeira giratória e material auxiliar de produção, de R\$16,51, R\$38,40; R\$244,75; e R\$309,76, sendo nula a cobrança relativa aos produtos óleo de mamona e óleo de silicone. Infração parcialmente procedente.

Na infração 11, a empresa foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. A defesa apresenta os Registros de Exportação, das Notas Fiscais nºs 5037, 5040, 5066, 5406, 5718, 5926, 6424, 6740, 6973, o que reduz os valores originariamente exigidos, conforme reconhecido pelos autuantes. Posteriormente apresentou o Registro de Exportação nº 01/480272-001, referente à Nota fiscal nº 3765, às fls.602 a 607. Assim, o demonstrativo de falta de recolhimento de ICMS, remanescente passa a ser de R\$558,15, relativo à Nota Fiscal nº 14.764, conforme Anexo 10 de fl. 527. Infração parcialmente procedente.

Através de advogado legalmente habilitado o contribuinte apresenta este Recurso Voluntário cujo resumo ele mesmo faz quando da abertura da sua peça :

INFRAÇÕES 1 e 2 – permanecem apenas os valores relativos a 31/01/2000 a 31/7/2000 sob discussão argüindo a “inequívoca decadência” dos mesmos;

INFRAÇÃO 3 - idem para os valores relativos a 31/01/2000 a 5/8/2000

INFRAÇÕES 4, 6 e 7 – reconhecidos e pagos

INFRAÇÃO 5 – reconhecimento da parte ajustada e manutenção da discussão em relação ao período de apuração de 31/3/2000 pelo mesmo argumento da “inequívoca decadência”.

INFRAÇÃO 8 – idem em relação ao período de 31/07/2000;

INFRAÇÃO 9 – parte dos valores foram pagos e outra considerada improcedente;

INFRAÇÃO 10 – idem, porém com um remanescente relativo ao período de 30/06/2000;

INFRAÇÃO 11 - parte improcedente e o remanescente relativo ao período de 28/02/2000;

Em seguida retoma a discussão já travada na 1ª Instância sobre a decadência. Transcreve a ementa de duas Decisões do STJ (RE 148.214/MG de 1º/02/2005 e RE 640.848/SP de 29/11/2004). Entende que tendo sido “o Auto de Infração lavrado em 19/08/2005, razão pela qual, aplicando-se o prazo previsto no §4º do art. 150 do CTN, somente poderiam ter sido objeto de lançamento os valores relativos a fatos geradores a partir de 20/08/2000”. Para os anteriores “falece à Fazenda Estadual autorização legal para sua exigência de acordo com o Inv. V do Art. 156 do CTN. Reproduz os argumentos da JJF para considerar” Afirma que “calculou o tributo devido e antecipou o pagamento do ICMS supostamente devido, sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa no prazo de 5(anos) a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de considerar-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito (§4º do art. 150 do CTN)” Pede que seja reconhecida a “decadência do crédito tributário ora exigido, em relação aos fatos geradores ocorridos até 19/8/2000, nos termos do §4º do art. 150 do CTN c/c inciso V do

art. 156 do CTN” e mais “homologar os pagamentos efetuadosos valores cancelados pela Decisão da 1^a Instância”.

Através de um opinativo a PGE/PROFIS manifesta-se no sentido de que § 4º do art. 150 “prevê exceção” em caso de existência de lei fixadora de prazo diverso para tal mister. Nesta linha entende que deve ser aplicado o art. 28, §1º do Código Tributário do Estado da Bahia que prevê em seu art. 28, § 1º que o prazo decadencial para o lançamento pela autoridade administrativa é de 5 anos contados a partir de 1 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte e não a contar da ocorrência do fato gerador. Transcreve os multicitados artigos. Em seguida cita doutrina de Paulo de Barros Carvalho sobre o assunto. Reconhece no presente caso que se o fato gerador ocorreu em 2000 o fisco poderia adotar providências a seu cargo até o dia 31/12/2005. Ou seja, o marco inicial para fatos geradores ocorridos em 2000 teve seu marco inicial em 01/01/2001. Salienta que “no momento em que a Fazenda Pública pratica qualquer ato visando a constituição do crédito tributário, já não se poderia falar em decadência, posto que o dispositivo legal supra transcrito estabelece que ocorre as homologação tácita do lançamento, na hipótese de inércia da Fazenda Pública no prazo decadencial, o que não ocorreu no caso em espeque, tendo em vista que a ação fiscal iniciou-se em setembro de 2004 e tal fiscalização culminou com a lavratura do Auto de Infração em apreço em 17.08.2005”. Desta forma entende que “ainda que não houvesse fixação do prazo decadencial diverso para homologação pela legislação estadual baiana, ainda assim não haveria de se falar em caducidade do direito do fisco em constituir seu débito fiscal, tendo em vista o seu pronunciamento em setembro de 2004 através do início da ação fiscal”. Transcreve ementa do RESP 246255/SP sobre a matéria. E conclui “na hipótese do presente processo tendo sido o Auto de Infração lavrado em 17/08/2005, todo o crédito tributário reclamado pela Fazenda Estadual poderia ser objeto de lançamento através do Auto de Infração em testilha, não devendo se falar em configuração do instituto da decadência uma vez que os créditos tributários, cujos fatos geradores se deram no exercício de 2000 teriam como prazo limite para o seu lançamento o dia 31/12/2005, prazo este que foi obedecido no procedimento fiscal em comento”. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente nos manifestaremos sobre o Recurso de Ofício e que se vincula àquelas infrações que se tornaram insubstinentes total ou parcialmente :

INFRAÇÃO 5 – O ICMS relativo à saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção do imposto. Foi correto o julgamento que considerou as notas fiscais trazidas pelo contribuinte e acatadas, inclusive, pelos autuantes, determinando-se assim a redução do valor originário da autuação;

INFRAÇÃO 9 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte adquiriu materiais que são utilizados para lubrificação de equipamento industrial e outros utilizados na manutenção geral enquadrados com CFOP incorreto – Materiais de uso ou consumo adquiridos e, portanto, créditos fiscais indevidos, conforme Anexo 9, integrante deste PAF. Neste item as questões relativas às provas foram corretamente analisadas pela JJF. Após minucioso trabalho técnico, inclusive com diligências vinculadas a aspectos de natureza “meta-jurídica”, a conclusão dos julgadores de 1^a Instância guarda coerência com o ocorrido, pois em verdade a JJF não teve como “afirmar com segurança que os óleos de mamona e de silicone são utilizados como insumo, mesmo que parcialmente para a fabricação das resinas poliméricas CYCOGEL e Lustran e a elas se incorporam”. Entendo que uma acusação tida como “permeada de insegurança, e não tendo sido comprovado que tais produtos foram utilizados exclusivamente na lubrificação de equipamentos, como entenderam os autuantes”, não poderia ter outro destino senão o nosso voto

“pela nulidade deste item da autuação, na parte relativa a tais produtos”. Remanesceu neste item a exigência em relação à cadeira giratória e o material auxiliar de produção. Infração parcialmente procedente. Concordamos com a Decisão da JJF neste item. O mesmo acontece com a infração 10 que está interligada com a anterior, Remanescem apenas os valores relativos à cadeira giratória e material auxiliar de produção, sendo nula a cobrança relativa aos produtos óleo de mamona e óleo de silicone. Infração parcialmente procedente. Concordamos com a Decisão da JJF também em relação a este item.

INFRAÇÃO 11 - falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação “exportação”, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Tendo sido parcialmente comprovada a regularidade da exportação remanesceu apenas uma parte o que torna correto o julgamento no sentido da sua procedência parcial.

Pelo exposto somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo assim a Decisão da JJF em relação aos multicitados itens.

Quanto ao Recurso Voluntário temos que o contribuinte praticamente cinge a sua peça defensiva a discussão sobre a decadência ou não do direito de a Fazenda Pública Estadual lançar contra ele o imposto.

Esta discussão, diga-se de passagem, foi travada na 1ª Instância. Decisões do STJ foram colacionadas e representam o pensamento daquela corte sobre a matéria. Como a questão diz respeito ao tempo, entende a empresa que tendo sido o Auto de Infração lavrado em 19/08/2005, deverá ser aplicado o prazo previsto no §4º do art. 150 do CTN, e somente poderiam ter sido objeto de lançamento os valores relativos a fatos geradores a partir de 20/08/2000 e acrescenta que para os anteriores “falece à Fazenda Estadual autorização legal para sua exigência de acordo com o Inc. V do Art. 156 do CTN.” Afirma ainda que “calculou o tributo devido e antecipou o pagamento do ICMS supostamente devido, sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa no prazo de 5 (anos) a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de considerar-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito (§4º do art. 150 do CTN)”. Pede além deste reconhecimento que sejam homologados os pagamentos efetuados.

Como vemos a questão objeto do Recurso Voluntário é quando e em que condições inicia-se a contagem do prazo decadencial para efeito de lançamento do ICMS na Bahia?

Independente das discussões que possam ser travadas sobre a matéria, tanto a nível normativo, como doutrinário ou jurisprudencial o que temos são interpretações com fundamentos diversos e que nos levam a conclusões também diversas. Essa discussão, diga-se de passagem, muito bem feita, levou a JJF anexou dois votos que representam esta controvérsia. De um lado o voto da saudosa Conselheira Auditora Fiscal Ivone de Oliveira Martins, exemplo de seriedade e competência que deixou um grande vazio em nosso meio. A posição da colega Ivone nos parece coerente: “*Tem sido tormentosa a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo, ou seja, do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado*” e eu acrescentaria com a devida vênia o art. 28, §1º do Código Tributário do Estado da Bahia. A citação de um trecho do voto do Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco também enriquece este nosso debate. Em um dos seus arrazoados sobre a matéria o Conselheiro representante da Fazenda Estadual escreveu: *Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não*

realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Temos, portanto a posição de dois Conselheiros que pela sua história e representatividade merecem uma atenção especial quando tratamos destes assuntos nas hostes administrativas. A estas duas posições acrescentamos uma terceira, está oriunda da PGE/PROFIS que pode assim ser resumida: afirma que deve ser aplicada na hipótese o § 4º do art. 150 que “prevê exceção” em caso de existência de lei fixadora de prazo diverso para tal mister, nesta linha entende que deve ser aplicado o art. 28, §1º do Código Tributário do Estado da Bahia que prevê: o prazo decadencial para o lançamento pela autoridade administrativa é de 5 anos contados a partir de 1 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte e não a contar da ocorrência do fato gerador. Reconhece no presente caso que se o fato gerador ocorreu em 2000 o fisco poderia adotar providências a seu cargo até o dia 31/12/2005. Ou seja, o marco inicial para fatos geradores ocorridos em 2000 é 01/01/2001. E acrescenta que “no momento em que a Fazenda Pública pratica qualquer ato visando à constituição do crédito tributário, já não se poderia falar em decadência, posto que o dispositivo legal supra transcrito estabelece que ocorre a homologação tácita do lançamento, na hipótese de inércia da Fazenda Pública no prazo decadencial, o que não ocorreu no caso em espeque, tendo em vista que a ação fiscal iniciou-se em setembro de 2004 e tal fiscalização culminou com a lavratura do Auto de Infração em precejo em 17.08.2005”. Desta forma entende que “ainda que não houvesse fixação do prazo decadencial diverso para homologação pela legislação estadual baiana, ainda assim não haveria de se falar em caducidade do direito do fisco em constituir seu débito fiscal, tendo em vista o seu pronunciamento em setembro de 2004 através do início da ação fiscal”. Transcreve ementa do RESP 246255/SP sobre a matéria. E conclui “na hipótese do presente processo tendo sido o Auto de Infração lavrado em 17/08/2005, todo o crédito tributário reclamado pela Fazenda Estadual poderia ser objeto de lançamento através do Auto de Infração em testilha, não devendo se falar em configuração do instituto da decadência uma vez que os créditos tributários cujos fatos geradores se deram no exercício de 2000 teriam como prazo limite para o seu lançamento o dia 31/12/2005, prazo este que foi obedecido no procedimento fiscal em comento”.

Postas estas posições nos encaminhamos para considerar como mais consentânea com o nosso pensamento aquelas esposadas pela PGE/PROFIS que apesar da sua simplicidade pode servir de argumento considerável para uma solução possível. O exercício exegético nos leva a insistir que, se possível o estabelecimento de exceções com previsão diversa daquela trazida pelo §4º do Art.

150 do CTN, a lei baiana o fez. Diríamos em conclusão e de forma genérica: no caso de lançamento por homologação, como o nosso ICMS, o prazo de ser ele efetuado é de cinco anos salvo se a lei fixar outro, como é o caso da Bahia.

Creio que a questão relativa a interrupção da decadência pelo “início da ação fiscal” não é uma argumentação definitiva e comporta uma certa controvérsia, objeto inclusive de reflexões da sempre lembrada Conselheira Ivone.

Somos, portanto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário ratificando assim a posição adotada pela JJF e mantendo em consequência a Decisão ali tomada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299314.0001/05-9, lavrado contra **LANXESS - INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$281.889,78**, sendo R\$37.123,17, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$244.766,61, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS