

A. I. Nº - 274068.0004/10-0
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA,
CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-02/11

EMENTA: ICMS. 1. REMESSAS DE BENS PARA CONserto. INOCORRÊNCIA DO RETORNO. **a)** EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** CRÉDITO INDEVIDO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. Defesa reconheceu que não encontrou em sua contabilidade, parte das notas fiscais de retorno dos bens do ativo imobilizado enviado para conserto. Por sua vez os autuantes acataram parcialmente a documentação apresenta pela defesa. Refeitos os calculos. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. REMESSAS DE BENS PARA EXPOSIÇÃO. DENTRO E FORA DO ESTADO. Infração não questionada quando ao mérito. 3. REMESSAS DE BENS PARA DEMONSTRAÇÃO. DENTRO E FORA DO ESTADO. Infrações não questionadas quando ao mérito. Não acolhida alegação de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/05/2010, exige ICMS, no valor histórico de R\$628.172,18, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

Infração 01 – Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. O contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e não comprovou o seu retorno, caracterizando a sua desincorporação. Valor histórico R\$ 18.452,92.

Infração 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do ativo imobilizado que tenham sido alienados. O contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e não comprovou o seu retorno, caracterizando a sua desincorporação, devendo o crédito ser estornado. Valor histórico R\$345.992,68.

Infração 03 – Deixou de recolher ICMS em razão da remessa de bens para exposição, sem o devido retorno. O contribuinte não comprovou o retorno de itens enviados para exposição, caracterizando a desincorporação. Valor histórico R\$ 680,00.

Infração 04 – Deixou de recolher ICMS em decorrência das remessas internas de bens para demonstração, sem o devido retorno. O contribuinte não comprovou o retorno de itens enviados para demonstração interna, caracterizando a desincorporação. Valor histórico R\$31.306,69.

Infração 05 – Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para fora do Estado, destinados a demonstração. O contribuinte não comprovou o retorno de itens enviados para demonstração fora do estado, caracterizando a desincorporação. Valor histórico R\$4.047,28.

Infração 06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do ativo imobilizado que tenham sido alienados. O contribuinte efetuou desincorporação, devendo o crédito ser estornado. Valor histórico R\$ 227.692,61.

O autuado apresentou defesa, fls. 349 a 366, inicialmente reproduzindo as imputações e os dispositivos indicados na autuação e alegando a extinção parcial dos débitos de ICMS impugnados em razão da homologação tácita do lançamento e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar, relativo período de 1º de janeiro de 2005 a 27 de maio de 2005, transcrevendo trechos dos artigos 150 e o §§ 1º e 4º e 156 do CTN, além de doutrina sobre o tema. Ressalta que ciência do Auto de Infração somente ocorreu em 28/05/2010.

No mérito, aduz que não existem os débitos de ICMS relativos à remessa de bens para conserto em razão da comprovação de seu retorno, pois durante o processo de fiscalização foram apresentados aos agentes fiscais documentos suficientes à comprovação de que parte dos bens remetidos para conserto teriam retornado ao estabelecimento da defendente, na forma do Regulamento do ICMS da Bahia (RICMS/BA), aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o qual estabelece, em seu artigo 341, a suspensão da incidência do ICMS nas hipóteses de remessas para conserto, nas saídas para demonstração e para exposição.

Ressalta que, relativamente às operações de remessa para conserto, o RICMS/BA estabelece os requisitos para suspensão da incidência do imposto estadual no artigo 627. Assim, caso as mercadorias remetidas para conserto retornem ao estabelecimento de origem no prazo de 180 dias, prevalecerá a suspensão da incidência do imposto. O §3º do artigo 627 prevê, ainda, a possibilidade de prorrogação, por duas vezes e por igual período, do prazo de 180 dias para retorno das mercadorias.

Relativamente a infração 01, diz que as planilhas elaboradas pela defendente (Docs. 03 e 04) relacionam de forma bastante clara as notas fiscais de remessa para conserto com as correspondentes notas fiscais de retorno (Docs. 05 a 97), que inclusive fazem menção às primeiras e, em todos os casos, foram emitidas no prazo regulamentar, revelando-se descabidos os valores exigidos a título de ICMS relativamente às notas fiscais relacionadas, fls. 355 e 356 dos autos.

No que tange a infração 2, aduz que as autoridades fiscais houveram por bem glosar os créditos de ICMS relativos aos bens remetidos para conserto, sob a alegação de que a falta de comprovação do retorno de tais bens caracterizaria desincorporação, devendo ser efetuado o estorno dos créditos correspondentes. Ocorre que grande parte das notas fiscais arroladas no demonstrativo “Estorno do CIAP de item do conserto” (Anexo II ao Auto de Infração) coincide com as notas fiscais que deram ensejo à primeira infração.

Diz que apresentou diversos documentos de forma a demonstrar que parte dos bens teria retornado aos estabelecimentos da defendente após terem sido consertados (Docs. 03 a 97). Acrescenta que o quadro elaborado relativo a infração 1, é também útil à demonstração de que a infração 2 é também notadamente descabida, uma vez a defendente foi autuada em razão de suposto aproveitamento indevido de créditos relativamente a todas as notas fiscais ali relacionadas.

Frisa que foi comprovado o retorno de parte substancial dos bens, motivo pelo qual não há que se falar em desincorporação, revelando-se notadamente descabida a exigência fiscal relativamente a tais documentos fiscais. No que tange às demais operações autuadas, cujos retornos não teriam sido comprovados, informa que houve por bem recolher os valores autuados, protestando pela posterior juntada da guia comprobatória do referido pagamento.

Argumenta que a multa aplicação contra a defendente se deve em razão das supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida pela BCP S/A, antiga denominação da defendente. E considerando que os períodos autuados referem-se ao ano de 2004, resta nítido que os supostos débitos de ICMS impugnados decorrem de período anterior à ocorrência da incorporação da empresa sucedida por parte da empresa sucessora (Doc. 01), o que ocorreu em 31 de dezembro de 2005.

Frisa que a responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, o artigo 132 do CTN estabelece que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas, uma vez que estas necessariamente decorrem de ato ilícito. O do artigo 3º do CTN não se admite a exigência de tributo como sanção de ato ilícito. Logo, não há que se falar na exigência de multa contra suposta infração não praticada pela Defendente, inclusive porque se trata de exigência de caráter sancionatório, pessoal e subjetivo. Nesse sentido é a orientação da jurisprudência tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, transcrevendo decisões de outros tribunais.

Conclui que merece pronto cancelamento a multa aplicada contra a defendente no que toca às supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., por estar flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o artigo 3º e o artigo 132 do CTN, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Egrégios Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Alega inaplicabilidade da multa aplicada (60%) em razão de seu caráter confiscatório devendo, em observância ao princípio da proporcionalidade, ser afastada de plano diante da natureza confiscatória que apresenta, transcrevendo doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Ao final, requer:

- 1- o cancelamento dos débitos de ICMS impugnados, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento realizado pelo Defendente e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, inciso VII c/c artigo 150 do CTN;
- 2- caso assim não se entenda, requer seja dado provimento à Defesa, a fim de que sejam cancelados os supostos débitos de ICMS lançados relativamente às operações de remessa para conserto que tiveram seu retorno comprovado ou que foram pagos pela Defendente, bem como sejam afastadas todas as multas aplicadas, uma vez que se referem a supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.;
- 3- subsidiariamente, requer seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, ao menos, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento);
- 4- protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente Defesa.

Os auditores autuantes, fls. 509 a 518, ao prestar a informação fiscal, contestam o argumento defensivo de decadência parcial ressaltando que o § 4º, do artigo 150, do CTN, estabelece a possibilidade de outra lei fixar prazo para homologação, o que foi estabelecido pela Lei 3.956/81, o qual determina que a contagem do prazo se inicia a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte. Frisam que próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário (decadência) extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Sendo assim, não tem cabimento a alegação da autuada de que os créditos existentes até a data de 27/05/2005 encontram-se extintos, pois o direito do Estado de constituir o crédito tem amparo através do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também através do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, acima mencionados.

No mérito, quanto a alegação defensiva de inexistência dos débitos de ICMS relativos à remessa de bens para conserto em razão da comprovação de seu retorno, ressaltam que a defendente foi intimada durante o trabalho de fiscalização para comprovar o retorno dos itens enviados com suspensão, através da intimação 10 (folhas 324 a 332). Respondeu através de documentação (folhas 18 a 129 e 333 e 334), porém, sem comprovar integralmente o retorno das saídas com suspensão. Como novos documentos não foram apresentados até o final do trabalho de

fiscalização, foi lavrado o auto de infração reclamando o ICMS referente a desincorporação dos itens (parte da suspensão sem comprovação de retorno) e o respectivo crédito indevido referente aos itens adquiridos para integrar o ativo permanente.

Asseveram que analisaram os documentos acostados e constataram que há divergências entre o relatório apresentado e as respectivas notas fiscais anexas. Relacionam as notas fiscais não consideradas pela fiscalização com os respectivos motivos:

- 1) a descrição do produto, o valor unitário e o valor total da nota fiscal de retorno 11.077 (doc 14) é diferente da nota fiscal de remessa informada 11.813. Vale ressaltar que, na nota fiscal de retorno 11.077 (doc 14) consta retorno parcial, entretanto a quantidade devolvida é igual à quantidade constante da nota fiscal de remessa;
- 2) Na nota fiscal de retorno 11.394 (doc 28) não constam dados do produto, apenas o valor total, que é diferente do valor total da nota fiscal de remessa 14.034;
- 3) No relatório da impugnante (folhas 711), para a nota fiscal de remessa 14.038, constam 4 notas de retorno, porém só foram anexados 3 documentos, sem ter apresentado a nota fiscal de retorno 12.870.

Informam que houve mudança da alíquota de 17 para 12 por cento das notas fiscais 12.531, 12.923, 12.957, 12.988, 14.038 e 13.964 em virtude de se tratar de operação interestadual, que estão registradas no livro como operação de saída interna.

Destacam que, só durante a defesa, a impugnante anexou notas que não foram apresentadas durante o trabalho de fiscalização, apesar de intimada, totalizando uma redução de R\$4.815,46, de um total de R\$ 18.452,92, restando o valor de R\$13.637,46, sem comprovação de retorno para a infração 1.

Quanto a infração 2, salientam que o estorno de crédito deve ser reduzido em R\$85.268,13, passando de R\$ 345.992,68 para o valor de R\$260.724,53 em função das comprovações apresentadas na impugnação pela defendente.

Em virtude dos novos elementos apresentados apenas durante a defesa, retificaram as infrações 1 e 2, conforme tabelas abaixo e anexos 7-A, 7-B, 7-C e 8, acostados às folhas 519 a 526.

INFRAÇÃO 1

MÊS/ANO	TOTAL
JAN/05	839,65
FEV/05	65,13
MAR/05	162,48
ABR/05	553,00
MAI/05	444,54
JUN/05	95,31
JUL/05	1.020,06
AGO/05	2.954,03
SET/05	1.274,59
OUT/05	2.022,79
NOV/05	1.182,12
DEZ/05	3.023,77
T O T A L	13.637,46

INFRAÇÃO 2

MÊS/ANO	ESTORNO INDEVIDO
JAN/05	13.611,01
FEV/05	1.422,35
MAR/05	3.112,22
ABR/05	8.698,87
MAI/05	7.109,21
JUN/05	2.081,68
JUL/07	22.278,30
AGO/05	46.032,46
SET/05	20.342,24
OUT/05	44.178,38
NOV/05	25.817,90
DEZ/05	66.039,92
T O T A L	260.724,53

Ressalvam que a comprovação do retorno de parte das remessas para conserto e o pagamento de algumas infrações não extingui em sua totalidade o valor reclamado no presente auto de infração, visto que, a comprovação parcial dos retornos não poderá ser estendida à totalidade das remessas.

No tocante a alegação de ilegalidade da multa aplicada, salientam que STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. foi sucedida pela BCP S/A., antiga denominação da defendente, em 31 de dezembro de 2005, no Estado da Bahia, a inscrição de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações LTDA., ainda não foi baixada, visto que se encontra suspenso o processo de baixa, portanto não se pode falar em ilegalidade.

Com relação à alegação da impugnante sobre a natureza confiscatória da multa aplicada, aduz qua a mesma não procede, pois a referida multa está estabelecida na Lei 7.014/96 no artigo 42, inciso II, “a” e artigo 42, inciso VII, alínea “a”, portanto, dentro da legalidade. Mesmo que não haja dolo, fraude ou simulação, ainda persiste o prejuízo ao erário e no caso da não tributação do fato gerador ou utilização indevida de crédito fiscal a legislação prevê no artigo acima a multa de 60%.

Com relação às infrações 3, 4, 5 e 6 o contribuinte não as contestou no mérito, razão pela qual ratificam as referidas imputações.

Destacam que a defendente pagou parte do auto conforme DAE 88000177.

Ao finalizar, opinam pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva, fls. 534 e 543, após receber cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos, o sujeito passivo fez uma síntese das razões de defesa, como segue:

- 1) decadência de parte dos créditos em cobrança, haja vista a homologação tácita do lançamento;
- 2) comprovação do retorno dos bens remetidos para conserto, pelo que inexistentes os créditos do imposto cobrados a esse título;
- 3) ilegitimidade da exigência de multa, contra a sucessora tributária, por ato praticado pela antecessora.

Ressalta que efetuou o pagamento da parte da autuação não decaída.

Reitera os argumentos sobre decadência, citando o Acórdão CONSEF Nº CJF nº 0012-11/10.

Frisa que por ocasião da apresentação da defesa, a impugnante carrou aos autos diversas notas fiscais comprobatórias de parte das devoluções de mercadorias, sendo certo que a falta de apresentação de tais documentos em momento anterior deveu-se tão somente às dificuldades em sua localização. Nada obstante a farta comprovação de retorno das mercadorias enquadradas nas notas fiscais juntadas pela impugnante, a fiscalização desconsiderou alguns dos documentos, alegando, basicamente, desencontro de informações entre as notas de remessa e aquelas de retorno.

Argumenta que, muito embora tais incongruências possam ser havidas em uma ou outra das inúmeras notas fiscais juntadas, é certo que não podem servir à desconsideração das provas trazidas a conhecimento das autoridades fiscais.

No que toca à nota fiscal 11.077, a fiscalização alega divergência de valores com a nota fiscal 11.813, para desconsiderar a comprovação. Contudo, a diferença de valores é ínfima, já que a nota fiscal de retorno (nf nº 11077) foi emitida indicando um total de R\$10.523,80 e a nota fiscal de remessa (nf nº 11813) foi emitida com o montante de R\$10.854,20. A diferença, portanto, de pouco mais de 3% do total da operação, refere-se ao módico valor de R\$330,40, sendo certo que, dos R\$ 10.854,20 remetidos para conserto, ao menos o retorno de R\$10.523,80 em mercadorias restaram comprovados pela juntada da nota fiscal nº 11.077.

Argumenta que, de outro turno, ainda que não se tenha reunido comprovação integral do retorno das mercadorias remetidas por meio da nota fiscal 14.034, emitida no montante de R\$ 166.912,90, é certo que houve comprovação parcial de seu retorno, conforme faz ver a nota fiscal 11394, emitida no valor de R\$ 60.671,40.

Entende que a impropriedade quanto à indicação de quatro notas fiscais (ao invés de três) para a comprovação de retorno das mercadorias remetidas por meio da nota fiscal de remessa nº 14038, emitida no montante de R\$ 54.676,02, não desmerece a força probatória das três notas juntadas a esse título, quais sejam as notas fiscais de retorno nº 12127, 12528 e 13639, cujo somatório dos valores (R\$59.285,94) supera com folga o valor da remessa a elas relacionada.

Frisa que o fato de determinadas mercadorias serem remetidas para conserto na mesma ocasião, por meio de um único documento fiscal, não significa que elas devam retornar também no mesmo momento, isto porque o prazo necessário para o conserto de bens pode ser diverso.

Ressalta ainda que, no tocante à parcela das operações autuadas cujo retorno não foi comprovado, os débitos exigidos foram devidamente recolhidos pela impugnante.

Quanto a multa aplicada diz que o fato da inscrição estadual da impugnante não ter sido baixada perante o Estado da Bahia configura aspecto meramente formal, não refletindo sua real situação.

Reitera que a multa de 60% é confiscatória e desproporcional.

Conclui que:

- a) parte dos débitos foi alcançada pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do código tributário nacional;
- b) parte das remessas autuadas tiveram a respectiva comprovação de retorno, tornando insubsistente a exigência do imposto;
- c) a multa aplicada não atende aos requisitos de razoabilidade e proporcionalidade pelos quais deve se pautar a administração.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, seja pela extinção de parte do suposto crédito tributário, operada pela decadência; seja pela comprovação de retorno de parte das mercadorias; seja pela desproporcionalidade da multa aplicada ou pelo pagamento de parte dos débitos não alcançados pela decadência e sobre a qual não se logrou comprovar o retorno das mercadorias e que seja afastada a sucessão tributária no tocante à multa decorrente de infração cometida pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., que restou incorporada pela

impugnante, dada a flagrante contrariedade ao quanto disposto pelo código tributário nacional, em seu artigo 132, sobre a hipótese.

Às folhas 546/551, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT-Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$273.637,52, correspondente aos valores reconhecidos.

O PAF foi convertido em diligência aos autuantes, para que fosse prestada informação fiscal relativa a nova manifestação do contribuinte.

Em nova manifestação defensiva, folhas 554 a 562, os autuantes reiteram os argumentos relativos a decadência.

Quanto ao Acórdão CJF 0012-11/10, citado pela manifestante, informam que o voto do relator não foi acolhido pela Câmara.

Prosseguindo, analisaram cada nota fiscal.

1) NF 11.077 - A alegação da defendente não procede, pois a descon sideração não foi devido ao valor total da nota fiscal de retorno 11.077 (folhas 721) em relação a nota fiscal de remessa 11.813 (folhas 23), e sim, pela divergência de descrição do produto e do valor unitário, o que significa que o produto da nota fiscal de retorno 11.077 é um outro produto e não o produto remetido para conserto na nota 11.813.

2) NF 11.394 - A arguição da defendente não é devida, porque não é possível comprovar o retorno parcial da nota fiscal de remessa 14.034 (folhas 98) através da nota fiscal de retorno 11.394 (folhas 736), tendo em vista que a nota fiscal de retorno 11.394 não contém dados do produto, seu valor é diferente, além de não fazer referencia a NF de remessa nº 14.034.

3) NF 12.528 - A defesa não procede, pois foi considerado o montante de R\$42.249,30 referente ao total das notas fiscais de retorno 12.127, 13.639 e parte da 12.528. O que ocorre é que a nota fiscal de retorno 12.528 (folhas 798) é composta por 5 itens, mas só dois itens (1 e 5) refere-se a nota fiscal de remessa 14.038. Os outros três itens (2, 3 e 4), refere-se a nota fiscal de remessa 4.738, portanto, não pode ser considerado como retorno para a nota fiscal de remessa 14.038.

4) A nota fiscal de retorno nº 12.870 não foi apresentada.

Reiteram os argumentos em relação as multas aplicadas.

Ao final, opinam pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$538.088,57.

VOTO

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de 1º de janeiro a 27 de maio de 2005, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, conforme artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, 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.

Quanto ao Acórdão CONSEF Nº CJF nº 0012-11/10, abordado pela defesa em sua segunda manifestação defensiva, não reflete a jurisprudência consolidada deste Conselho de Fazenda, somente a título de exemplo, cito os acórdãos CJF Nº 0145-11/10 e 0144-11/10, o qual manteve o afastamento da decadência consignado nos acórdãos das juntas de julgamento. Ademais, conforme conta da Ementa do acórdão citado pela defesa, a questão da decadência foi superada pela 1ª Câmara, logo a câmara não acatou o voto do relator, *in verbis*:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0012-11/10

*EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS DE MESMA TITULARIDADE. BASE DE CÁLCULO FIXADA PELO AUTUANTE COMO SENDO O CUSTO DE PRODUÇÃO. Constatando-se que a transferência de mercadorias iniciou-se em estabelecimento comercial da mesma titularidade do destinatário, não subsiste a exigência de imposto a título de crédito fiscal indevido apurado de acordo com a base de cálculo fixada para transferências oriundas de estabelecimentos fabris (custo de produção). Infração improcedente. Modificada a Decisão recorrida. **Superada a decadência** e não apreciada a preliminar de nulidade da autuação. Recurso PROVIDO. Decisão unânime. (grifei)*

Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, o fisco teria até o dia 31/12/2010 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 20/05/2010 não se configurou a decadência.

Também descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas para as infrações apuradas, como também, a pretensão de cancelamento ou redução da multa, visto que não restou provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, pois no Auto de Infração em lide existem as cobranças do imposto não recolhido, fato acatado parcialmente pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido do impugnante para exclusão das multas, sob alegação de que a sociedade incorporadora não deve responder pelas multas de infração lançadas contra a sociedade incorporada após a data da respectiva incorporação, entendo que as multas administrativas são intransferíveis e têm caráter pessoal, se reportando a um processo de sucessão ocorrido na empresa, entendo que não pode ser acolhido, pois nos casos de sucessão empresarial, a empresa sucessora assume todo o patrimônio da sucedida, abrangendo tanto os direitos como as obrigações já contratadas. Portanto, discordo da alegação do impugnante pertinente à dispensa da multa, uma vez que as sanções intransmissíveis e incomunicáveis dizem respeito às infrações penais administrativas, inclusive discriminadas no art. 136 do CTN, e não, como quis induzir o autuado, às infrações administrativas. Efetivamente o fato da empresa incorporada encontrar-se em processo de baixa ou já baixada não tem nenhuma relevância na manutenção da multa aplicada.

No mérito, constatei que o sujeito passivo não impugnou as infrações 03, 04, 05 e 06, fato ressaltado pelo autuante quando da 1ª informação fiscal e, também, não foi questionado pelo impugnante quando se manifestou sobre a referida informação. Portanto, em nenhum momento em que se manifestou nos autos o autuado apresentou qualquer questionamento ou documento relativos ao mérito das infrações acima indicadas. Como a questão da decadência e das multas já foram devidamente analisadas e superadas, entendo que as infrações 03, 04, 05 e 06 restaram caracterizadas.

Assim, no presente caso a lide persiste, parcialmente, em relação as infrações 01 e 02, as quais passo a análise do mérito das mesma, pois, já analisei as questões relacionadas a decadência e as multas.

Na infração 01 é imputado ao contribuinte ter deixado de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem a comprovação do devido retorno. Já na infração 02 é decorrente da utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento, por ter deixado de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do ativo imobilizado que tenham sido alienados, por ter o contribuinte efetuado remessa de bens para conserto e não comprovou o seu retorno, caracterizando a sua desincorporação, devendo o crédito ser estornado.

Portanto, as infrações encontram-se vinculadas, na primeira é exigido o imposto sobre a operação de venda caracterizada pela falta de comprovação do retorno dos bens, enquanto na segunda imputação é exigido o estorno do crédito pela desincorporação dos referido bens.

Em sua defesa o autuado acatou parcialmente as infrações, tendo realizado o recolhimento no valor de reconhecido, conforme relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, fls. 546/551, acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF, constando o pagamento do valor histórico de R\$273.637,52.

Observe que os autuantes, antes da lavratura do Auto de Infração, em sua 10ª Intimação, fls. 324 a 332, forneceu planilha detalhada, constante o CNPJ, data de emissão, nº das notas fiscais, além de outros dados, para que o contribuinte comprovasse os retornos dos itens constantes nos referidos documentos fiscais.

Ocorre que o contribuinte não apresentou todas as notas fiscais, conforme ofício encaminhado aos auditores, fl. 333, no qual informa que quais itens “*estão em análise e pesquisa pelas áreas responsáveis, e serão apresentados logo que concluído.*”

Diante da ausência de comprovação integral dos retornos das saídas amparadas com suspensão, os autuantes levantaram o valor constante das infrações.

Entretanto, o sujeito passivo em sua peça defensiva elaborou planilha, fls. 355 e 356, e acostou cópia de notas fiscais, fls. 412 a 505, para embasar sua alegação de que todos os bens enviados para conserto retornaram dentro do prazo legal.

Os autuantes, quando da informação fiscal, revisaram os demonstrativos excluídos diversos documentos fiscais das infrações 01 e 02, reduzido, respectivamente para os valores de R\$ 13.637,46 e R\$ 260.724,54, demonstrativos às folhas 515 e 516, tendo acostado os novos levantamentos fiscais às folhas 519 a 526.

Embora o autuado, após receber cópia da informação fiscal, dos novos demonstrativos e levantamentos, tenha reiterando que comprovou todos os retornos, entendo que os autuantes realização a revisão de forma correta, forme passo a analisar cada documento fiscal apontada pela defesa.

Nota Fiscal nº 11.077 – cópia acostada à folha 421, embora conste que refere-se ao retorno parcial relativa a Nota Fiscal nº 11.813, fl. 23, como bem ressaltaram os autuante, a mesma não comprova o retorno dos bens, pois existe divergência na descrito dos produtos e no valor unitário.

Nota Fiscal nº 11.394 – cópia acostada à folha 436, emitida no valor de R\$ 60.671,40, não comprova o retorno parcial da nota fiscal de remessa 14.034, fl. 98, tendo em vista que na Nota Fiscal de retorno 11.394 não constam as descrição do produto, seu valor é diferente, além de não fazer referência a NF de remessa nº 14.034.

Nota Fiscal nº 12.528 – cópia acostada à folha 498, observo que os autuantes consideram o valor de R\$ 42.249,30, conforme consta no novo levantamento fiscal acostado à folha 520, referente ao total das notas fiscais de retorno e nºs 12.127, 13.639 e parte da 12.528. Entretanto, a Nota Fiscal de retorno 12.528 é composta por 5 itens, mas só dois itens (1 e 5) refere-se a nota fiscal de remessa 14.038. Os outros três itens (2, 3 e 4), refere-se a nota fiscal de remessa 4.738, portanto, não pode ser considerado como retorno para a nota fiscal de remessa 14.038.

Nota Fiscal nº 12.870 – a defesa não apresentou o referido documento fiscal, razão pela qual deve ser mantido o valor autuação.

Portanto, observo que os autuantes excluíram do levantamento fiscal os valores relativos às notas fiscais em que o sujeito passivo comprovou, quando da defesa, o efetivo retorno dos bens enviados para conserto aparados com a suspensão, mantendo os demais valores. Razão pela qual acato integralmente os novos levantamentos.

Assim, as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas nos valores, respectivos, de R\$13.637,46 e R\$260.724,54.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	13.637,46
2	PROCEDENTE EM PARTE	260.724,54
3	PROCEDENTE	680,00
4	PROCEDENTE	31.306,69
5	PROCEDENTE	4.047,28
6	PROCEDENTE	227.692,61
TOTAL		538.088,58

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0004/10-0**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$538.088,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR