

A. I. Nº - 269194.0038/10-5
AUTUADO - PELZER DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 08.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR. Defesa não impugnou o mérito da infração. Afastada alegação de decadência. Infração caracterizada. **2. REMESSAS DE BENS PARA CONserto. INOCORRÊNCIA DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuado não comprovou o retorno dos bens enviados para conserto. Não acolhida alegação de decadência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/12/2010, exige ICMS, no valor histórico de R\$58.672,39, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 5.784,68, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$52.887,71, em razão de remessa de bens para conserto.

O autuado apresentou defesa, fls. 13 a 20, inicialmente argüindo decadência para os fatos geradores ocorridos entre fevereiro a novembro de 2005.

No mérito, questionou apenas a infração 02, alegando que as mercadorias retornaram ao estabelecimento dentro do prazo previsto na legislação, embora tenha sido emitida nota fiscal da prestação de serviço, pois a empresa responsável pelo conserto era apenas contribuinte do ISS.

Frisa que a multa aplicada é confiscatória, sendo inconstitucional.

O auditor autuante, fls. 61 a 65, ao prestar a informação fiscal, contesta o argumento defensivo de decadência parcial ressaltando que o inciso I do artigo 150, do CTN, estabelece o prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, restando claro que a decadência somente ocorreria em 2011, como a autuação foi em 06 de dezembro de 2010 é plenamente válido o crédito de tributário constituído.

No mérito, quanto a infração 02, aduz que o autuado não apresentou qualquer comprovação que as mercadorias retornaram ao estabelecimento, apesar de ser contribuinte normal e, mesmo que o prestador de serviço não fosse obrigado à emitir a nota fiscal de retorno, caberia ao autuado emitir a nota fiscal de entrada.

Quanto a multa aduz que foi aplicada como previsto na Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de fevereiro a novembro 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.

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 06/12/2010 não se configurou a decadência.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade da multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No mérito, constatei que o sujeito passivo não impugnou a infração 01. Ao se manifestar nos autos não apresentou qualquer questionamento ou documento relativo ao mérito da infração

acima indicada. Como a questão da decadência e das multas já foram devidamente analisadas e superadas, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Assim, no presente caso a lide persiste, em relação a infração 02, a qual passo a análise do mérito da mesma, pois, já analisei as questões relacionas a decadências e as multas.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem a comprovação do devido retorno.

Em sua defesa o autuado alegou que as peças enviadas para conserto retornaram ao estabelecimento.

Ocorre que a defesa não acostou aos autos nenhuma nota fiscal ou qualquer outro documento para comprovar o retorno dos bens objeto da autuação. Simplesmente negou o cometimento da infração. Não apresentou nem a nota fiscal de prestação de serviços que alegou existir.

Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Como bem ressaltou o auditor autuante, quando de sua informação fiscal, mesmo que o prestador de serviço não fosse obrigado a emitir a nota fiscal de retorno, caberia ao autuado, na qualidade de contribuinte normal do ICMS, emitir a nota fiscal de entrada, o que comprovaria a entrada em seu estabelecimento.

Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0038/10-5**, lavrado contra **PELZER DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.672,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR