

PROCESSO - A. I. Nº 232875.0203/10-2
RECORRENTE - TEGAL TERMINAL DE GASES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0127-03/13
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0453-13/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO OU CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o ICMS relativo à entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Recurso voluntário à Decisão, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/05/2010, exigindo R\$40.883,41 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Irregularidade apurada em decorrência da falta de escrituração das notas fiscais de entrada constantes nos Relatórios do CFAMT, referentes aos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2005; fevereiro e dezembro de 2006; fevereiro, abril, junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2007.

Impugnação ao lançamento foi apresentada pela Braskem S/A, sucessora por incorporação do autuado (TEGAL TERMINAL DE GASES LTDA.), tendo às fls. 697 a 715 alegado ser pessoa jurídica de direito privado, dedicada à industrialização e comercialização de produtos químicos, e assim, revestida da condição de contribuinte do ICMS.

A mesma reconhece a procedência parcial da autuação fiscal em apreço, especificamente no que tange à integralidade das exigências relacionadas aos meses de julho/2005, agosto/2005, fevereiro/2006 e junho/2007, bem como em relação à parte das cobranças perpetradas nos seguintes meses: junho/2005, no que se refere às entradas acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 4652 e 4737; dezembro/2005, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 211507; abril/2007, quanto à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 152244; agosto/2007, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 991; e setembro/2007, no que se refere às entradas acobertadas pela Notas Fiscais de números 133016 e 34967. Com relação às demais exigências o defendente assevera que a autuação fiscal não merece prosperar.

Em seu relatório, a i. JJF inicia pela análise da preliminar de decadência, a qual foi aventada pelo autuado dentro da consideração que o presente Auto de Infração tendo sido lavrado para exigir imposto referente a fatos ocorridos no exercício de 2005, o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a maio de 2005, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º do CTN.

Observa o i. relator que:

“...a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

§ 4º *Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. *Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º *Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/05/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, e as decisões administrativas do CONSEF são no sentido de que não se aplica o art. 150, § 4º do CTN, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto ao pedido apresentado pelo defendente para a realização de nova diligência fiscal fica indeferido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, foram realizadas diligências fiscais com base nos documentos acostados aos autos e do autuado, inexistindo dúvida quanto à correção dos valores remanescentes após os ajustes efetuados no levantamento fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração se refere à exigência de ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao uso, consumo do estabelecimento autuado. Infração apurada em decorrência da falta de escrituração das notas fiscais de entrada constantes nos Relatórios do CFAMT, referentes aos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2005; fevereiro e dezembro de 2006; fevereiro, abril, junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2007.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Em sua impugnação, o autuado apresentou alegações individualizando por mês, dizendo que o levantamento elaborado pelo autuante contém diversos equívocos que conduzem à improcedência da parcela impugnada. Reconhece a procedência parcial da autuação fiscal, especificamente no que tange à integralidade das exigências relacionadas aos meses de julho/2005, agosto/2005, fevereiro/2006 e junho/2007, bem com em relação à parte das cobranças perpetradas nos seguintes meses: junho/2005, no que se refere às entradas acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 4652 e 4737; dezembro/2005, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 211507; abril/2007, quanto à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 152244; agosto/2007, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 991; e setembro/2007, no que se refere às entradas acobertadas pela Notas Fiscais de números 133016 e 34967.

Foi realizada revisão pelo autuante acatando as alegações defensivas, conforme demonstrativos às fls. 1048/1053. Entretanto, o autuado não acatou o resultado da revisão efetuada pelo autuante, indicando os meses em que apresenta divergências.

Na informação fiscal às fls. 1075/1076, o autuante reconhece a ocorrência dos fatos alegados pelo defendente e concorda com a retirada das NFs 2928 e 4893, de janeiro de 2005, e informa que considerou todos os pagamentos realizados a título de diferença de alíquota no período. Elaborou o demonstrativo de fls. 1077/1078.

Quanto aos ajustes realizados, o defendente alegou que o autuante incorreu em erro quando da elaboração do novo demonstrativo de fls. 1077/1078.

Para dirimir as divergências apontadas pelo autuado, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, em atendimento à solicitação encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo apresentadas as seguintes conclusões no PARECER ASTEC Nº 127/2012 (fls. 1100 a 1102):

- 1) Procedem as alegações do autuado, sendo necessário alterar o lançamento, exceto quanto às NFs 136449 e 136719, que ainda carecem de comprovação quanto à devolução das mercadorias.
- 2) Quanto à NF 138016, afirma que o documento fiscal foi efetivamente lançado em dezembro de 2007, e que o demonstrativo referente ao mês de outubro de 2007 fica alterado de R\$3.830,17 para R\$206,42.
- 3) Em relação à NF 145479, após a sua exclusão do mês de dezembro de 2007, o valor do imposto originalmente lançado, que era de R\$143,40 fica reduzido para R\$85,63.
- 4) Quanto à NF 25526, após a sua exclusão do mês de junho de 2005, o débito apurado fica reduzido de R\$2.920,02 para R\$1.448,68. Esclarece que esta mesma nota fiscal foi também lançada no levantamento fiscal do mês de julho de 2005, cujo imposto apurado corresponde unicamente ao valor da diferença de alíquota deste documento fiscal. Como o autuante reconheceu que houve erro de digitação do CFAMT (fl. 956), não há ICMS a ser exigido neste mês 07/2005, a título de diferença de alíquota.

Observe que na manifestação apresentada pelo defendente após a diligência efetuada pelo preposto da ASTEC, foi alegado que analisando o demonstrativo de fls. 1077/1078 em cotejo com aquele elaborado às fls. 1048/1049, bem como o levantamento original, fls. 09/10, constatou que o autuante também repristinou a NF 5490, de dezembro de 2005. Entende que além da exclusão da NF 25526 do mês de junho de 2005, impõe-se, da mesma forma, a exclusão da NF 5490 do mês de dezembro de 2005.

Nas razões defensivas o autuado alegou que as mercadorias, cuja aquisição foi formalizada através da NF 5490 apenas ingressaram no estabelecimento do impugnante no mês de janeiro de 2006, e não na competência de dezembro/2005, conforme se verifica da análise do livro Registro de Entrada concernente a ambos o períodos, anexado aos autos (doc. 07). Afirma que o autuante considerou exatamente a mesma operação em dois meses distintos, haja vista que a Nota Fiscal nº 5490 se encontra contemplada no levantamento fiscal que respaldou a autuação, tanto no mês de dezembro/2005, quanto em janeiro/2006.

No demonstrativo à fl. 1048 o autuante excluiu a NF 5490 no mês 12/2005, permanecendo o referido documento fiscal no mês de janeiro/2006, conforme fl. 1050. Nas fls. 1077/1078 a mencionada nota fiscal foi incluída novamente, de forma indevida, devendo prevalecer o demonstrativo à fl. 1049, onde foi apurado o débito no valor de R\$259,16.

Acato as informações apresentadas pelo diligente da ASTEC e concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, considerando os cálculos refeitos nos demonstrativos de fls. 1048/1053, com os ajustes apurados pelo preposto da ASTEC ficando reduzido o débito originalmente apurado para R\$17.119,53, conforme quadro abaixo, incluindo os valores reconhecidos pelo autuado:

	2005	2006	2007
JAN	3.547,20		
FEV		78,13	-
MAR			
ABR	2.273,67		191,87
MAI	4.252,76		
JUN	114,33		1.944,61
JUL	133,76		
AGO	135,24		66,56
SET			206,43
OUT			3.830,17
NOV			
DEZ	259,16		85,64
TOTAL	10.716,12	78,13	6.325,28

E julga pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

No Recurso Voluntario enfrentando a Decisão, o recorrente BRASKEM S/A, sucessora por incorporação da TEGAL – TERMINAL DE GASES LTDA., tendo tomado ciência, em 03/07/2013, dos

termos do Acórdão JJF nº 0127-03/13 (doc. 01), proferido pela 3ª JJF, aduz ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, por meio do qual o Fisco baiano exige o pagamento de valores a título de ICMS, em razão da suposta falta de recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, vindas de outras Unidades da Federação.

Aponta que a autuação promoveu o levantamento mensal de todas as notas fiscais que consubstanciavam a entrada interestadual de mercadorias no estabelecimento do recorrente, de materiais de uso e consumo, valendo-se das informações correspondentes para assim calcular os valores devidos a título de diferencial de alíquota do imposto em cada mês; tendo averiguado, em alguns meses, supostas diferenças a pagar do imposto, conforme detalha:

2005

Mês	Dif. de Alíquota a Recolher
Janeiro	R\$ 3.547,20
Abril	R\$ 2.273,67
Maio	R\$ 4.252,76
Junho	R\$ 1.585,67
Julho	R\$ 133,76
Agosto	R\$ 135,24
Dezembro	R\$ 487,57

2006

Mês	Dif. de Alíquota a Recolher
Fevereiro	R\$ 78,13
Dezembro	R\$ 5.212,77

2007

Mês	Dif. de Alíquota a Recolher
Fevereiro	R\$ 2.396,05
Abril	R\$ 324,06
Junho	R\$ 1.944,61
Agosto	R\$ 2.528,15
Setembro	R\$ 12.010,20
Outubro	R\$ 3.830,17
Dezembro	R\$ 143,40

Comenta o pronto reconhecimento da procedência parcial da autuação fiscal em apreço, especificamente no que tange à integralidade das exigências relacionadas aos meses de julho/2005, agosto/2005, fevereiro/2006 e junho/2007, bem como em relação a parte das cobranças perpetradas nos seguintes meses:

- ✓ junho/2005, no que se refere às entradas acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 4652 e 4737;
- ✓ dezembro/2005, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 211507;
- ✓ abril/2007, quanto à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 152244;
- ✓ agosto/2007, no que tange à entrada acobertada pela Nota Fiscal nº 991; e
- ✓ setembro/2007, no que se refere às entradas acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 133016 e 34967.

No entanto, cita em relação às demais exigências, através da impugnação apresentada nos presentes autos em 28/06/2010, que logrou demonstrar a improcedência da autuação fiscal em apreço.

Realça o recorrente que a autuação, intimada a se manifestar, às fls.956/957, reviu parcialmente o lançamento fiscal, por ter reconhecido a procedência das alegações sustentadas na defesa, especificamente em relação aos períodos de apuração de Jun/2005 (NF 25526), Dez/2005 (NF 5490); Dez/2006 (NF 99417); Fev/2007 (NF 104925); Abr/2007 (NF 33342); Ago/2007 (NF's nºs 34450, 123616 e 124586); Set/2007 (NF's nºs 3403, 7079, 8192, 8193, 23283, 34820 e 128149). Mas que, em relação aos argumentos atinentes aos meses de janeiro/2005, outubro e dezembro de 2007, o Fiscal autuante manteve-se silente.

Destaca então que a 3ª JF, considerando que o auditor autuante, embora tivesse acatado em parte as alegações defensivas, não elaborou novo demonstrativo do débito, determinou o retorno dos autos para que o mesmo confeccionasse o levantamento pertinente; reabrindo, em paralelo, prazo de defesa de trinta dias, em vista das informações fiscais prestadas e dos documentos dos quais o recorrente não fora formalmente cientificado.

O recorrente diz que, quando do oferecimento de sua nova defesa em 03/03/2011, limitou-se a reiterar os argumentos pontuais aos quais a autuação manteve-se silente, e a argüir/demonstrar a caducidade do direito de o Fisco Estadual exigir quaisquer valores concernentes aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro a maio de 2005.

Firma o recorrente novamente que, frente a imobilidade da autuação em elaborar novo demonstrativo contendo os valores remanescentes da autuação, pleiteou novo levantamento com base nas informações fiscais de fls. 956/957 e a posterior intimação para se manifestar acerca de tal informação.

Em 05 de maio de 2012, o Auditor Fiscal autuante apresentou contra-razões à nova defesa oferecida pelo recorrente, reiterando as informações fiscais antes prestadas, e às quais juntou, na ocasião, o demonstrativo outrora não elaborado, consignado às fls. 1048 a 1055 destes autos, o que provocou que a 3ª JF determinasse a intimação para o recorrente conhecer do quanto acostado ao presente processo, reservando-lhe, assim, o exercício à ampla defesa e ao contraditório. Verificou-se então terem sido promovidos os devidos ajustes no crédito tributário lançado, tendo reduzido os montantes relacionados aos períodos de junho/2005, dezembro/2005, dezembro/2006, fevereiro/2007, abril/2007, agosto/2007 e setembro/2007.

Destaca o recorrente a ausência de qualquer argumento que deveria ser carreado aos autos nas contra-razões novamente apresentadas, o que não foi devidamente enfrentado em oportunidades pretéritas, tampouco contestado nas defesas ofertadas anteriormente. Por essa causa o recorrente restringiu-se, na manifestação apresentada em 09/09/2011, a reiterar tudo quanto alegado na impugnação já ofertada em 03/03/2011 (fls. 962 a 977); ocasião em que rebateu apenas as infrações que remanesceram após a apresentação de informações fiscais.

A i. 3ª JF tendo em vista o quanto suscitado pelo recorrente no bojo da manifestação apresentada em 09/09/2011, entendeu por bem converter o presente PAF em diligência, a qual consistiu de:

- O PAF fosse encaminhado ao Auditor Fiscal autuante para que este intimasse o recorrente para apresentar os documentos e livros originais comprobatórios das alegações defensivas;
- Após análise dos referidos documentos originais, uma vez comprovadas as alegações do Autuado, o preposto fiscal deve elaborar novo demonstrativo, excluindo os documentos que forem devidamente comprovados e as notas fiscais lançadas em duplicidade no levantamento fiscal, apurando o débito remanescente.

Realizando a diligência, o agente autuante, às fls. 1075/1076 dos autos, no que tange à competência de janeiro/2005, promoveu acertadamente, a exclusão das Notas Fiscais nºs 2928 e 4893, tendo em vista que estas foram lançadas em duplicidade nos meses de janeiro e fevereiro de 2005.

Com relação aos argumentos defensivos relativos aos meses de outubro e dezembro de 2007, o preposto fiscal manteve incólume o lançamento fiscal, sob fundamento de que as alegações defensivas não teriam sido comprovadas.

Na manifestação acerca do resultado da aludida diligência, consubstanciada no relatório de fls. 1075/1076, o recorrente, em 26/01/2012, aduziu, em síntese, que:

- A diligência em questão não foi cumprida em sua integralidade pelo Sr. Fiscal autuante, tendo em vista que este deixou de intimar para apresentar os documentos e livros originais comprobatórios das alegações defensivas, conforme expressamente solicitado pela d. 3ª JF;

- A autuação, tendo promovido novos ajustes no levantamento fiscal, em virtude de ter reconhecido a procedência dos argumentos defensivos relativos ao mês de janeiro/2005, realizou as devidas alterações no demonstrativo original do Auto de Infração, quando, em verdade, deveria ter promovido os ajustes no demonstrativo por ele retificado em sede de informação fiscal;
- Os débitos relacionados aos meses de janeiro a maio de 2005 encontram-se decaídos;

Não são devidos quaisquer valores a título de diferencial de alíquota do imposto no mês de outubro/2007, tendo em vista que: as NF's 136.449 e 136.716 foram devidamente canceladas; e as mercadorias relativas à operação acobertada pela NF nº 138.016 não ingressaram no estabelecimento no mês de outubro, mas sim no mês de dezembro de 2007, e que o diferencial de alíquota relativo a esta operação foi devidamente quitado através do encontro de contas realizado na apuração do imposto;

- Não são devidos quaisquer valores a título de diferencial de alíquota do imposto no mês de dezembro/2007, uma vez que: a NF nº 146.987 foi devidamente cancelada e o diferencial de alíquota relativo à operação acobertada pela NF nº 145.479 foi devidamente quitado através do encontro de contas realizado na apuração do ICMS do período.

Sensível aos argumentos aduzidos pelo recorrente no bojo da manifestação apresentada em 26/01/2012, o órgão julgador de primeira instância converteu, mais uma vez, o presente processo em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito analisasse o quanto suscitado na referida manifestação.

Efetivada a diligência conforme solicitado pela d. 3ª JJF, foi exarado o Parecer ASTEC nº 127/2012, por meio do qual concluiu que:

- Diante dos documentos apresentados, inclusive com a apresentação dos livros originais no escritório da impugnante, procede a argumentação da defesa, sendo necessário a alteração do lançamento, exceto quanto às notas fiscais 136.449 e 136.716, que ainda carecem de comprovação quanto à devolução das mercadorias;
- Quanto à NF 138.016, a empresa faz jus ao cancelamento do lançamento no mês de outubro/2007, pois a mesma foi de fato lançada em dezembro/2007, tendo o ICMS DIFAL sido recolhido. Assim, o demonstrativo do mês de **outubro de 2007**, fica alterado do valor de R\$ 3.830,17 para **R\$ 206,42**;
- Quanto à NF 145.479, excluindo-a do mês de **dezembro/2007**, o valor original deste período que era de R\$ 143,40 fica em **R\$ 85,63**;
- Quanto à NF 25.526, ao excluir do mês de **junho/2005**, o valor de R\$ 2.920,02 fica alterado para **R\$ 1.448,68**;
- Embora não tenha sido suscitado pelo impugnante, a mesma nota fiscal nº 25.526 foi também lançada no mês de julho de 2005, cujo lançamento corresponde unicamente ao valor da DIFAL desta nota, de cerca de R\$ 1.471,34. Assim, o valor do ICMS lançado em **julho/2005** deve ser **ZERO**, pois o autuante reconhece à fl. 956 que se trata de erro de digitação do CFAMT.

Instado a se manifestar acerca do resultado da diligência em voga, o recorrente aduziu, em síntese, que:

- No tocante à competência **outubro/2007**, a sua anuência com a exclusão da NF 138.016 do levantamento fiscal. Com relação às NFs 136.449 e 136.716, reiterou que não são devidos quaisquer valores a título de DIFAL, haja vista que as compras das mercadorias correlatas foram devidamente canceladas;
- No que atine à competência de **dezembro/2007**, a sua concordância com a exclusão da NF 145.479 do levantamento fiscal. Com relação, entretanto, à NF 146.978, em face do silêncio do

Sr Auditor Fiscal diligente, o recorrente reiterou que não é devido qualquer valor a título de diferencial de alíquota do imposto em relação a tal operação, haja vista que as compras das mercadorias correlatas foram devidamente canceladas;

- Por fim, pontuou que, analisando-se o demonstrativo de fls. 1077/1078 em cotejo com aquele elaborado em sede de informação (fls. 1048/1049), bem como com o levantamento original (fls. 9 e 10), verifica-se que o preposto fazendário autuante, por mero equívoco provavelmente, repristinou no levantamento fiscal a NF nº 5490 de dezembro/2005. Assim, em que pese a acertada conclusão do Sr. Fiscal diligente acerca da exclusão da NF 25.526 do mês de junho/2005, impõe-se, da mesma forma, a exclusão da NF 5490 do mês de dezembro/2005.

Indica ter sido julgado procedente em parte, por meio do Acórdão JJF nº 0127-03/13, o requerido Auto de Infração, em resumo nos seguintes termos:

- No que tange à preliminar de decadência, a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, pelo que não se acata a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. O Código Tributário do Estado da Bahia, estabelece, nos seus arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º, que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito após 05 anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativo ao exercício de 2005 tem o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado 26/05/2010, nesta data ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo;

- No mérito, para dirimir as divergências apontadas pelo autuado, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, sendo apresentadas as seguintes conclusões no Parecer ASTEC nº 127/2012:
 - 1) Procedem as alegações do autuado, sendo necessário alterar o lançamento, exceto quanto às NFs 136449 e 136719, que ainda carecem de comprovação quanto à devolução das mercadorias;
 - 2) Quanto à NF 138016, afirma que o documento fiscal foi efetivamente lançado em dezembro de 2007, e que o demonstrativo referente ao mês de outubro de 2007 fica alterado de R\$ 3.830,17 para R\$ 206,42;
 - 3) Em relação à NF 145479, após a sua exclusão do mês de dezembro de 2007, o valor do imposto originariamente lançado, que era de R\$ 143,40, fica reduzido para R\$ 85,63;
 - 4) Quanto à NF 25.526, após a sua exclusão do mês de junho de 2005, o débito apurado fica reduzido de R\$ 2.920,02 para R\$ 1.448,68. Esclarece que esta mesma nota fiscal foi também lançada no levantamento fiscal do mês de julho de 2005, cujo imposto apurado corresponde unicamente ao valor da diferença de alíquota deste documento fiscal. Como o autuante reconheceu que houve erro de digitação do CFAMT, não há ICMS a ser exigido neste mês 07/2005, a título de diferença de alíquota.

No demonstrativo à fl. 1048 o autuante excluiu a NF 5490 no mês de 12/2005, permanecendo o referido documento fiscal no mês de janeiro/2006, conforme fl. 1050. Nas fls. 1077/1078 a mencionada nota fiscal foi incluída novamente, de forma indevida, devendo prevalecer o demonstrativo à fl. 1049, onde foi apurado o débito no valor de R\$ 259,16.

Cita o recorrente acatar as informações apresentadas pelo fiscal diligente da ASTEC e concluir pela subsistência parcial do Auto de Infração, considerando os cálculos refeitos nos demonstrativos de fls. 1048/1053, com os ajustes apurados pelo preposto da ASTEC, ficando reduzido o débito originalmente apurado para R\$ 17.119,53, conforme quadro abaixo, incluindo os valores reconhecidos pelo autuado:

	2005	2006	2007
Janeiro	3.547,20		
Fevereiro		78,13	
Março			
Abril	2.273,67		191,87
Maio	4.252,76		
Junho	114,33		1.944,61
Julho	133,76		
Agosto	135,24		66,56
Setembro			206,43
Outubro			3.830,17
Novembro			
Dezembro	259,16		85,64
Total	10.716,12	78,13	6.325,28

Diz caber ao recorrente o combate de cada uma das bases em que se assenta o fundamento do órgão julgador de primeira instância, no que tange à parcela da autuação mantida (e não reconhecida) no Acórdão JJF nº 0127-03/13.

Passa ao comentário de que, o crédito tributário de ICMS relativo às competências de janeiro a maio de 2005 já se encontra definitivamente extinto, uma vez que se consumou a decadência do direito de a Fazenda Estadual lançar quaisquer diferenças pertinentes ao mencionado período, conforme demonstrado na impugnação apresentada.

Cita que o Código Tributário Nacional – CTN veicula prazos decadenciais diversos, consoante a sistemática do lançamento a que os tributos estão adstritos, distinguindo lapsos decadenciais relativos às exações sujeitas às modalidades de lançamento de ofício (art. 173) ou por homologação (art. 150, § 4º).

E aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, - em que o sujeito passivo efetua, por sua conta e risco, o confronto entre créditos e débitos fiscais de cada período, recolhendo aos cofres públicos o saldo devedor apurado ao final de cada operação, se existente, enquanto a Fazenda Pública se limita a exercer o controle, homologando, expressa ou tacitamente, os expedientes realizados pelo contribuinte, é certo que o prazo decadencial aplicável à espécie está disciplinado no artigo 150, § 4º do CTN, a seguir transcrito:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (grifamos).

Contesta o recorrente que de balde a clareza da argumentação aduzida nas peças defensivas, o órgão julgador *a quo* afastou a preliminar de decadência suscitada pelo oro recorrente, sob o superficial argumento de que “a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação”.

De conformidade, segue em seu Recurso, ao posicionamento fixado quando do julgamento da autuação em Primeira Instância, a aplicação do prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN teria uma condição, eis que o lapso temporal de cinco anos contado a partir da ocorrência do fato gerador somente teria lugar se a lei do ente tributante – no caso o Estado da Bahia – não fixasse um prazo à homologação.

Diz que a seguir a lógica que permeou a Decisão aqui combatida, a disposição legal contida no art. 150, § 4º, do CTN apenas seria aplicável quando não houvesse lei específica que estabeleça prazo decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional.

E amparando-se na previsão contida na legislação do Estado da Bahia, concluiu a Decisão que “o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Assevera que o posicionamento perfilhado pelo órgão julgador *a quo* não merece prosperar, tendo em vista que a disposição legal em que se pauta, por ter sido introduzido por lei ordinária estadual, não possui qualquer aplicação, considerando que matéria concernente à decadência de tributos é reservada à Lei Complementar, a teor do quanto disposto pelo art. 146, III, b, Constituição de 1988, verbis:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - Omissis;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

*b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência** tributários; (grifos não originais)*

Aduz que a Constituição Federal é expressa, ao reservar à Lei Complementar a função de fixar normas relacionadas à decadência no âmbito tributário, impedindo, conseqüentemente, que os entes federativos se utilizem de diploma legislativo ordinário como instrumento de veiculação de normas definidoras de prazo decadencial.

Desta forma foi que o CTN, recepcionado como lei complementar pela Constituição de 1988, disciplinou a decadência no âmbito do direito tributário, determinando que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o termo “*a quo*” do prazo decadencial deve ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, conforme expressamente previsto no seu art. 150, § 4º.

Alude o recorrente que a Lei Ordinária nº 3.956/1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), afrontando a Lei Maior, com vistas a modificar, indevidamente, o termo inicial do prazo decadencial fixado pelo CTN. dispôs sobre matéria reservada exclusivamente à lei complementar, reprisando a Lei nº 8.212/91, em seu art. 45, que com o objetivo de alargar o prazo decadencial fixado pelo CTN, previu prazo decadencial decenal para lançamento das contribuições previdenciárias.

Segue narrando que foi pacífico o entendimento manifestado pela jurisprudência dos tribunais superiores para atestar que cabe ao CTN a fixação do prazo decadencial na seara tributária, bem como para reconhecer a inaplicabilidade do prazo decenal previsto pelo art. 45 da Lei 8.212/91.

Realça que o Supremo Tribunal Federal consolidou, de uma vez por todas, o posicionamento de que o prazo decadencial, ou mesmo prescricional, previsto no CTN não pode ser modificado por veículo normativo que não seja lei complementar, ao editar a Súmula Vinculante nº 8, que assim dispõe:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Cita então, que o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, não pode ser afastado, *in casu*, por norma da legislação estadual, uma vez que, sendo a matéria reservada à Lei Complementar, jamais poderia ser veiculada por Lei Ordinária.

No presente caso deve ser respeitado o prazo quinquenal previsto no referido dispositivo do CTN, haja vista que, conforme acima demonstrado, a tese defendida no Acórdão não resiste a uma singela análise jurídica acerca da matéria, pelo que não se pode aqui fugir à aplicação das prescrições constantes do art. 150, § 4º, do CTN. E assim sendo, tendo o contribuinte/responsável apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado e extinto o crédito tributário ao fim de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN, o qual reproduz.

Aponta que em 27/05/2010, quando da ciência do recorrente, já havia transcorrido mais de 05 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS relativo às competências de janeiro a maio de 2005, tido como devido pela fiscalização, sendo certo que o transcurso do referido prazo implica na homologação tácita dos procedimentos adotados pelo contribuinte, tendo ocorrido a perda do direito de o Fisco Estadual exigir o imposto que supostamente deixou de ser recolhido, ou que foi recolhido a menor.

Conclui o recorrente restar evidente que os supostos créditos tributários relativos ao período compreendido entre janeiro e maio de 2005 encontram-se extintos pela decadência, a teor do art. 150, § 4º c/c o art. 156, VII do CTN.

O recorrente, analisando o demonstrativo elaborado pelos Srs. Fiscais autuantes, verificou que estes incorreram em diversos equívocos, os quais conduzem inexoravelmente à improcedência da autuação destes itens.

Cita permanecer em discussão, no que tange ao mérito da autuação, os erros apontados pela defesa referentes aos meses de outubro e dezembro de 2007;

OUTUBRO DE 2007

Ao início foi salientado que a Tegal – Terminal de Gases Ltda. foi incorporada pela Braskem S/A, ora recorrente, e dessa forma foram transferidos todos os seus direitos e obrigações para a empresa sucessora.

Assim, ocorreu que as Notas Fiscais contidas na acusação e relativas às operações ocorridas a partir do mês de outubro de 2007, encontram-se devidamente escrituradas nos livros registros do recorrente, seja, da Braskem S/A.

E com relação à competência de outubro de 2007, o recorrente argüiu que às operações consubstanciadas nas NFs 136.449 e 136.716, não são devidos quaisquer valores a título de diferencial de alíquota, haja vista que essas compras foram canceladas, não tendo ocorrido, sequer, o ingresso destas no estabelecimento do recorrente. Para comprovar o cancelamento de tais aquisições, está se tentando obter, junto ao emitente dos referidos documentos fiscais, cópias das NFs que foram emitidas com o objetivo de cancelar as Notas nºs 136.449 e 136.716, tendo protestado pela posterior juntada de tais documentos.

Quanto à operação acobertada pela Nota Fiscal nº 138.016, salientou que as mercadorias relativas a esta transação não ingressaram no seu estabelecimento no mês de outubro, mas sim no mês de dezembro de 2007, conforme as cópias dos livros Registros de Entradas referentes a ambos os períodos que foram acostados aos autos.

Destaca que em relação aos equívocos acima, o órgão julgador de primeira instância, acatando o resultado alcançado pelo diligente da ASTEC, concluiu que:

- Pela apresentação dos documentos e dos livros originais no escritório da impugnante, procede a argumentação, cabendo a alteração do lançamento, exceto quanto às notas fiscais 136.449 e 136.716, que ainda carecem de comprovação quanto à devolução das mercadorias;
- A empresa faz jus ao cancelamento do lançamento no mês de outubro/2007, pois a NF 138.016 foi de fato lançada em dezembro/2007, tendo o ICMS difal sido recolhido.

Tendo remanescido, na autuação fiscal, as NFs 136.449 e 136.716, o recorrente reitera, que, em relação às NFs em questão, não são devidos quaisquer valores a título de DIFAL, haja vista que essas compras foram canceladas; e não tendo ocorrido, sequer, o ingresso destas no estabelecimento do recorrente, não surgiu a obrigação do recolhimento de tal parcela. Com o intuito de comprovar o quanto defendido, protesta pela posterior juntada dos documentos fiscais que comprovam o cancelamento das operações acobertadas pelas NFs 136.449 e 136.716.

DEZEMBRO DE 2007

Não tendo sido acatadas as razões defensivas relativas à NF 146.978, de igual sorte ao visto acima, o recorrente reitera que, em relação à operação da aludida NF, não é devido qualquer valor a título de diferencial de alíquota do imposto, haja vista que as compras foram devidamente canceladas, não tendo ocorrido, sequer, o ingresso destas no estabelecimento do recorrente, razão pela qual não nasceu a obrigação do recolhimento de tal parcela. E que com o objetivo de comprovar o cancelamento de tal aquisição, protesta pela posterior juntada dos respectivos documentos fiscais, para a devida prova da inexistência de qualquer valor a recolher a título de diferencial do ICMS sobre a referida operação.

Alude à Decisão, na qual o órgão julgador de primeira instância julgou o Auto de Infração procedente em parte, arrimando-se, para tanto, no Parecer ASTEC nº 127/2012 (fls. 1100 a 1102), conforme abaixo transcrito:

“Acato as informações apresentadas pelo diligente da ASTEC e concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, considerando os cálculos refeitos nos demonstrativos de fls. 1048/1053, com os ajustes apurados pelo preposto da ASTEC (...)”.

Assim procedendo, o d. órgão julgador *a quo* apurou um débito, em valores originais, no montante de R\$ 17.119,53, conforme quadro abaixo, incluindo os valores reconhecidos pelo recorrente:

	2005	2006	2007
Janeiro	3.547,20		
Fevereiro		78,13	
Março			
Abril	2.273,67		191,87
Maio	4.252,76		
Junho	114,33		1.944,61
Julho	133,76		
Agosto	135,24		66,56
Setembro			206,43
Outubro			3.830,17
Novembro			
Dezembro	259,16		85,64
Total	10.716,12	78,13	6.325,28

Cita que analisando o conteúdo do voto do r. acórdão, em cotejo com saldo devedor apurado pelo órgão julgador de primeira instância, nos termos da tabela supra, constatou a existência de erros materiais, os quais estão a majorar o saldo devedor apurado;

JANEIRO DE 2005

Aponta que o fisco incluiu na relação de operações referentes ao mês em destaque, as entradas de mercadorias acobertadas pela Notas Fiscais nºs 2928 e 4893. Ocorre que tais entradas, conforme outrora demonstrado, não foram efetivadas no mês de janeiro, mas sim no mês de fevereiro/2005, conforme análise do livro Registro de Entradas acostado aos autos.

E no levantamento fiscal do mês de fevereiro de 2005, tais notas fiscais estão novamente contempladas, o que evidencia o nítido equívoco do fisco ao considerar exatamente as mesmas operações em ambos os meses.

Constatado o equívoco, o agente fiscal (diligência às fls.1077/1078) excluiu as NFs 2928 e 4893 da competência de janeiro de 2005.

Restaram não considerados todos os pagamentos efetuados a título de diferencial de alíquota do ICMS, relativos a janeiro de 2005 tendo sido considerados apenas os recolhimentos efetuados nos valores de R\$ 1.145,98 e R\$ 11,35, tendo sido ignorado o recolhimento do imposto no valor de R\$ 1.575,05. Com relação a este mês o agente autuante, no referido relatório de fls. 1077/1078, houve por bem considerar todos os pagamentos realizados a título de complementação de alíquota no período, tendo dessa forma reduzido o débito originariamente apurado no mês de janeiro/2005 de R\$ 3.547,20 para **R\$ 2.469,41**.

Comenta o recorrente, a despeito do ajuste realizado pelo próprio Fiscal autuante, o órgão julgador *a quo*, por meio do r. acórdão, está a exigir o débito tal como inicialmente lançado pela fiscalização, ou seja, R\$ 3.547,20, conforme se observa na tabela anteriormente citada.

Aponta o recorrente que, suprimindo-se os valores distorcidos (nos meses de junho, julho e dezembro) constantes no levantamento fiscal de fls. 1077/1078, resta claro que referido levantamento deve prosperar para a competência de janeiro de 2005, pois fora elaborado com os devidos ajustes relativamente a este mês. Face ao quanto aqui pontuado, impõe-se o ajuste do r. acórdão, para que, em relação à competência de janeiro/2005, passe a constar o débito de **R\$ 2.469,41**, conforme apurado pela fiscalização por meio do relatório de fls. 1077/1078, e não os R\$ 3.547,20 consignados na tabela de fl. 13 da Decisão ora recorrida.

JULHO DE 2005

Nesta competência de julho/2005, o Fiscal diligente, por meio do Parecer ASTEC nº 127/2012 (fls. 1100 a 1102), concluiu que *“embora não tenha sido suscitado pelo impugnante, a mesma nota fiscal nº 25.526 foi também lançada no mês de julho de 2005, cujo lançamento corresponde unicamente ao valor da DIFAL desta nota, de cerca de R\$ 1.471,34. Como o autuante reconhece à fl. 956 que se trata de erro de digitação do CFAMT_o valor do ICMS lançado em **julho/2005** deve ser ZERO”*..

Realça o recorrente que esta foi a conclusão alcançada pelo Sr. Fiscal diligente, a qual, conforme demonstrado, foi devidamente acolhida pelos membros da d. 3ª JJF.

Verificando, ao analisar a tabela de apuração do débito remanescente elaborado pelo órgão julgador *a quo* (vide fls. 13 do Acórdão JJF nº 0127-03/13) e reproduzida alhures, que está sendo exigido do recorrente um débito de R\$ 133,76 referente ao mês de julho/2005, cita o mesmo restar claro que, no tocante ao mês de julho/2005 não são devidos quaisquer valores a título de diferença de alíquota, impondo-se a retificação do r. acórdão também neste particular, nos termos supra declinados.

OUTUBRO DE 2007

Igualmente à competência de julho/2005, o órgão julgador de primeira instância, quando da apuração do débito referente ao mês de outubro/2007, não considerou os ajustes realizados pela ASTEC, em seu Parecer ASTEC nº 127/2012 (fls. 1100 a 1102), pois o preposto diligente concluiu que *quanto à NF 138.016, a empresa faz jus ao cancelamento do lançamento no mês de outubro/2007, pois a mesma foi de fato lançada em dezembro/2007, tendo o ICMS DIFAL sido recolhido. Assim, o demonstrativo do mês de **outubro de 2007**, fica alterado do valor de R\$ 3.830,17 para **R\$ 206,42**.*

O recorrente indica que tendo sido acatado o Parecer em comento pelo órgão julgador de piso, em relação à competência de outubro/2007, outro não poderia ser o valor do débito consignado no r. acórdão senão o montante de R\$ 206,42.

Entretanto da análise da tabela de apuração do débito remanescente elaborado pelo órgão julgador *a quo* (vide fls. 13 do Acórdão JJF nº 0127-03/13) e reproduzida alhures, verifica-se que está sendo exigido do recorrente um débito de R\$ 3.830,17 referente ao mês de outubro/2007, fato pelo qual o demonstrativo do débito constante na r. Decisão deve ser retificado para que, no tocante ao mês de outubro/2007, passe a constar um saldo devedor de R\$ 206,43 e não R\$ 3.830,17, conforme equivocadamente assinalado.

Em seu petitório o recorrente pugna pelo Provimento ao Recurso Voluntário apresentado, com a conseqüente reforma parcial da Decisão aqui combatida, para que;

- (i) O Auto de Infração em espeque seja julgado improcedente com relação às competências de janeiro a maio de 2005, face à decadência do direito de o Fisco baiano lançar os aludidos créditos tributários;
- (ii) que sejam excluídas as notas fiscais canceladas referentes aos meses de outubro e dezembro

de 2007; e

(iii) que sejam retificados os erros materiais constantes do ACÓRDÃO JF N° 0127-03/13.

Protesta pela juntada posterior de documentos fiscais e contábeis, bem como pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que seja atestado o quanto defendido pelo oro recorrente.

O opinativo da PGE/PROFIS resta dispensado, nos termos do art. 136, III, "b", 3 do RPAF/99.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

O presente PAF revela, à suficiência, ter-se levantado dados relativos à sujeição passiva, com a elaboração de demonstrativos e diligências, diversos, para elucidação das dúvidas que surgissem no entorno da acusação fiscal.

Restou, ao final, abundantes informes os quais proporcionaram perfeito esclarecimento da questão posta, facultando o contraditório e a ampla defesa, assim como o decorrente entendimento necessário ao julgamento.

Conforme aludido, o recorrente pode exercer largamente o contraditório e a ampla defesa, consoante provam a farta documentação e manifestações apensadas aos autos, e portanto por despiciendo, indefiro o pleito de nova diligência.

Tendo em consideração os argumentos aduzidos pelo recorrente no bojo da manifestação apresentada em 26/01/2012, a i. 3ª. JF converteu, por mais uma vez, o presente PAF em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito analisasse o quanto suscitado na referida manifestação.

Referida diligência, gerou o Parecer ASTEC nº 127/2012, fls. 1077/1078, através do qual concluiu-se que nas questões de fato:

- Procedente a argumentação da defesa, devendo ser alterado o lançamento, exceto quanto às notas fiscais 136.449 e 136.716, que ainda carecem de comprovação quanto à devolução das mercadorias;
- Quanto à NF 138.016, a empresa faz jus ao cancelamento do lançamento no mês de outubro/2007, pois a mesma foi de fato lançada em dezembro/2007, tendo o ICMS DIFAL sido recolhido. Assim, o demonstrativo do mês de **outubro de 2007**, fica alterado do valor de R\$ 3.830,17 para **R\$ 206,42**, relativos às remanescentes Notas Fiscais nºs 136.449 e 136.716 (fls.1052);
- Quanto à NF 145.479, excluindo-a do mês de **dezembro/2007**, o valor original deste período que era de R\$ 143,40 fica em **R\$ 85,64**;
- Quanto à NF 25.526, ao excluir do mês de **junho/2005**, parcialmente do valor de R\$ 2.920,02 fica alterado para **R\$ 1.448,68**;
- A mesma nota fiscal nº 25.526 foi também lançada no mês de julho de 2005, cujo lançamento corresponde unicamente ao valor da DIFAL desta nota, de cerca de R\$ 1.471,34. Assim, o valor do ICMS lançado em **julho/2005** deve ser **ZERO**, pois o autuante reconhece à fl. 956 que se trata de erro de digitação do CFAMT.

E nas questões de direito, considerando que a aventada decadência, pelo recorrente, de alguns fatos geradores objetos do lançamento fiscal em apreço, influem diretamente na quantificação deste Auto de Infração, é de bom alvitre nos deter para antecipar a análise correspondente.

Enseja o recorrente que o crédito tributário de ICMS relativo às competências de janeiro a maio de 2005 já se encontrava definitivamente extinto, pois consumada a decadência do direito da SEFAZ lançar quaisquer diferenças pertinentes ao mencionado período, conforme apontado na impugnação.

Indica que o CTN veicula prazos decadenciais diversos, consoante a sistemática do lançamento a que os tributos estão adstritos, distinguindo lapsos decadenciais relativos às exações sujeitas às modalidades de lançamento de ofício (art. 173) ou as por homologação (art. 150, § 4º).

E na situação em que sejam os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, cenário no qual o sujeito passivo efetua, por sua conta e risco, o confronto entre créditos e débitos fiscais de cada período, recolhendo aos cofres públicos o saldo se devedor apurado ao final de cada operação, ou compensado com crédito existente, enquanto à Fazenda Pública compete se limitar a exercer o controle, homologando, expressa ou tacitamente, os expedientes realizados pelo contribuinte, restando certo que o prazo decadencial aplicável à espécie está disciplinado no artigo 150, § 4º do CTN, a seguir transcrito:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Irresigna-se o recorrente em virtude de, em que pese a clareza da argumentação aduzida nas peças defensivas, o órgão julgador *a quo* afastou a preliminar de decadência suscitada sob o superficial argumento de que “a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação”.

Indica o inusitado julgamento de que a aplicação do prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN teria uma condição; - o lapso temporal de cinco anos contado a partir da ocorrência do fato gerador somente teria lugar se a lei do ente tributante – no caso o Estado da Bahia – não fixasse um prazo à homologação.

E que em seguindo a lógica que permeou a Decisão em espeque, a disposição legal contida no art. 150, § 4º, do CTN apenas seria aplicável quando não houvesse lei específica que estabeleça prazo decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional. Dessa forma, amparando-se na previsão contida na legislação do Estado da Bahia, concluiu a Decisão que “o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Assevera que o posicionamento tomado pela primeira instância não merece prosperar, tendo em vista que a disposição legal em que se pauta, por ter sido introduzido por lei ordinária estadual, não possui qualquer aplicação, considerando que matéria concernente à decadência de tributos é reservada à Lei Complementar, a teor do quanto disposto pelo art. 146, III, b, Constituição de 1988, *verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - Omissis;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

*b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência** tributários; (grifos não originais)*

Aduz que a Constituição Federal é expressa, ao reservar à Lei Complementar a função de fixar normas relacionadas à decadência no âmbito tributário, impedindo, conseqüentemente, que os entes federativos se utilizem de diploma legislativo ordinário como instrumento de veiculação de normas definidoras de prazo decadencial.

Desta forma que o CTN, foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de 1988, disciplinando a decadência no âmbito do direito tributário, determinando que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o termo “a quo” do prazo decadencial deve ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, conforme expressamente previsto no seu art. 150, § 4º.

Segue narrando que foi pacífico o entendimento manifestado pela jurisprudência dos tribunais superiores para atestar que cabe ao CTN a fixação do prazo decadencial na seara tributária, bem como para reconhecer a inaplicabilidade do prazo decenal previsto pelo art. 45 da Lei 8.212/91.

Realça que o Supremo Tribunal Federal consolidou, de uma vez por todas, o posicionamento de que o prazo decadencial, ou mesmo prescricional, previsto no CTN não pode ser modificado por veículo normativo que não seja lei complementar, ao editar a Súmula Vinculante nº 8, que assim dispõe:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Cita então, que o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, não pode ser afastado por norma da legislação estadual, uma vez que, sendo a matéria reservada à Lei Complementar, jamais poderia ser veiculada por Lei Ordinária.

O contribuinte/responsável, tendo apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado e extinto o crédito tributário ao fim de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN, anteriormente reproduzido.

Enfatiza que em 27/05/2010, quando da ciência do recorrente, já haviam transcorridos mais de 05 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS relativo às competências de janeiro a maio de 2005, cobradas pela fiscalização, sendo certo que o transcurso do referido prazo implica na homologação tácita dos procedimentos adotados pelo contribuinte, tendo ocorrido a perda do direito de o Fisco Estadual exigir o imposto que supostamente deixou de ser recolhido, ou que foi recolhido a menor.

Concluiu o recorrente restar evidente que os supostos créditos tributários relativos ao período compreendido entre janeiro e maio de 2005 encontram-se extintos pela decadência, a teor do art. 150, § 4º c/c o art. 156, VII do CTN.

Considero que as operações do recorrente implicaram em recolhimentos com diferenças de alíquotas, do que resulta pacífico ter ocorrido o pagamento de parte/parcela do ICMS a cada Nota Fiscal envolvida, e as diferenças (DIFAL) foram objeto de saneamentos, e após manifestações e diligências geraram a sujeição passiva à qual me refiro em seqüência.

Os últimos fatos geradores do mês de maio de 2005 ocorreram em data de 25/05/2005, portanto dentro do interstício de 05 anos previstos no CTN:

Art. 150 -

...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.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (grifamos).

Voto por acatar a preliminar de decadência do direito da Fazenda quanto à cobrança dos fatos fiscais gerados de janeiro a maio de 2005, sendo que nesse último mês as movimentações ocorreram em 04, 12, 20 e 25/05/2005, portanto líquidos 05 anos antes do lançamento tributário o qual ocorreu em 26/05/2005, e pelo Provimento Parcial do Recurso apresentado, restando a seguinte posição final da presente sujeição passiva:

MÊS	ANO 2005	ANO 2006	ANO 2007
Janeiro	0,00	0,00	
Fevereiro	0,00	78,13	
Março	0,00	0,00	
Abril	0,00	0,00	191,87
Maio	0,00	0,00	0,00
Junho	114,33	0,00	1.944,61
Julho	0,00	0,00	0,00
Agosto	135,24	0,00	66,56
Setembro	0,00	0,00	206,43
Outubro	0,00	0,00	206,42
Novembro	0,00	0,00	0,00
Dezembro	259,16	0,00	85,64
Total	508,73	78,13	2.701,53
TOTAL GERAL			3.288,39

(**NF nº 138.016, excluída por ter sido lançada em dezembro/07, e recolhido o DIFAL).

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Acompanho o brilhante voto proferido pelo ilustre relator, porém, respeitosamente, divirjo de seu posicionamento quanto à decadência, pois considero que no caso em análise ainda não estava decaído o direito de constituição do crédito tributário.

Conforme o entendimento prevalecente neste Conselho de Fazenda, a legislação tributária do Estado da Bahia, respaldada em autorização contida no §4º do art. 150 do CTN – *se a lei não fixar prazo a homologação* – estabeleceu no art. 107-A, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB) o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como sendo o termo inicial da contagem do prazo decadencial. Ressalto que este órgão julgador administrativo deve aplicar a legislação tributária estadual vigente, não se incluindo entre as suas competências a declaração de inconstitucionalidade da legislação, a teor do disposto no art. 125, I, do COTEB. Assim, a contagem do prazo decadência é feita com base no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme determina a Lei 3.956/81.

Em face ao acima exposto, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2005 a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/2010 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 26/05/2010, não ocorreu a alegada decadência.

Dessa forma, não acompanho o i. Relator quanto à preliminar de decadência, mas alinho-me ao seu posicionamento no que tange aos demais pontos do seu voto e, em consequência, a infração em comento subsiste parcialmente, no valor de R\$ 15.907,98, conforme o demonstrativo abaixo:

	2005	2006	2007
Janeiro	2.469,41		
Fevereiro		78,13	
Março			
Abril	2.273,67		191,87
Maio	4.252,76		
Junho	114,33		1.944,61
Julho			
Agosto	135,24		66,56
Setembro			206,43
Outubro			3.830,17
Novembro			
Dezembro	259,16		85,64
Total	9.504,57	78,13	6.325,28

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, afastando a preliminar de decadência e acompanhado o voto do ilustre Relator quanto ao mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade em relação ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232875.0203/10-2**, lavrado contra **TEGAL TERMINAL DE GASES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.907,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros: Oswaldo Ignácio Amador, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Leonardo Baruch Miranda Souza.

Sala das Sessões do CONSEF 06 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ- REPR. DA PGE/PROFIS