

A. I. N° - 232948.0112/12-4
AUTUADO - ATA AEROTAXI ABAETÉ LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 26/08/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0186-03/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2012, refere-se à exigência de R\$15.275,85 de ICMS, acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2007.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 107, apresentou impugnação (fls. 103 a 106), alegando que o crédito tributário em questão está extinto pela decadência, tendo em vista que foi notificado da autuação em 10/01/2013, mais de cinco anos contados da ocorrência dos fatos geradores.

O defensor reproduz o art. 156, inciso V do Código Tributário Nacional – CTN, e salienta que na seara fiscal a decadência caracteriza-se pela perda, por parte do sujeito ativo, do direito de proceder, através do ato administrativo correspondente, à constituição do crédito tributário em seu favor. Comenta sobre o ICMS e diz que o prazo decadencial de que dispõe a autoridade fiscal para a constituição do crédito tributário relativo ao ICMS é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, que transcreveu.

Afirma que, ainda que se aplique o art. 173, I do CTN, estaria o crédito tributário extinto, considerando que os fatos geradores ocorreram em 2007, teriam o prazo decadencial iniciado em 01/01/2008. Como a notificação ocorreu em 10/01/2013, entende que não há dúvida de que o presente Auto de Infração é improcedente, pela inexistência do crédito tributário, em face da ocorrência da decadência.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 131 dos autos, afirmando que não procede a alegação defensiva tendo em vista que o autuado foi intimado para entrega de livros, documentos fiscais e arquivo magnético, atos preparatórios da constituição do crédito tributário. Diz que o mencionado ato é capaz de interromper a contagem do prazo, agasalhando, dessa forma, o quinquênio assecuratório do direito da fazenda de efetuar o lançamento *ex-oficio* na forma prevista na legislação pertinente. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2007.

O autuado alegou que o crédito tributário em questão está extinto pela decadência, dizendo que foi notificado da autuação em 10/01/2013, mais de cinco anos contados da ocorrência dos fatos geradores.

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defendant, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente a fatos ocorridos no exercício de 2007, sendo alegado pelo defendant que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º, do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. § 4º do 150 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 2007 tinham o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2012. Como presente Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2012, e a ciência do autuado ocorreu em 10/01/2013, resta analisar a alegação do autuado de que se operou a decadência.

Existem duas correntes quanto ao termo de contagem do tempo para efeito de decadência. Uma corrente considera que o lançamento somente se perfaz com a intimação do sujeito passivo. A outra corrente sustenta o posicionamento no sentido de que, sendo o lançamento tributário um direito potestativo do Estado, para sua existência e validade não depende de nenhum ato por

parte do sujeito passivo, por isso, é irrelevante a data de ciência do contribuinte no Auto de Infração para caracterizar a decadência.

Entendo que deve prevalecer o posicionamento daqueles que consideram o lançamento um direito potestativo do Estado. Por isso, concluo que o Auto de Infração foi lavrado dentro do prazo decadencial, e na data de sua lavratura, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Ademais, o art. 26, II e III, do RPAF/BA estabelece que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura, do Termo de Início de Fiscalização (inciso II) e Intimação, por escrito, ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização (inciso III).

Vale salientar, que o Auto de Infração é lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária. Portanto, iniciado o procedimento fiscal e realizados os levantamentos de acordo com os roteiros de fiscalização, sendo apurado imposto a recolher, é lavrado o Auto de Infração, considerando que mediante o procedimento administrativo, se a autoridade verifica a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, apura o valor do tributo devido e identifica o sujeito passivo, sendo a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento, conforme previsto no art. 142 do CTN.

Assim, na data da ação fiscal e da lavratura do Auto de Infração, não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o defensor não contestou a acusação fiscal quanto à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 08 a 11 do PAF.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a 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 forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96),

Como o defensor não impugnou o mérito da autuação, haja vista que nas razões de defesa apresentou alegações apenas quanto à decadência, o que já foi objeto de análise neste voto, concluir pela subsistência da presente autuação, acatando os valores apurados pelo autuante no levantamento fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Como relembrar o ilustre Relator existem duas, ou mais, correntes que se posicionam de forma diversa quanto a contagem do tempo para efeito da decadência em direito tributário. Diversamente da posição adotada pela maioria desta Junta acompanho aqueles que consideram a intimação ao sujeito passivo imprescindível para o lançamento de ofício.

O início do procedimento fiscal mesmo que acompanhado da comunicação ao contribuinte não lhe transmite através deste ato nenhuma notícia sobre possíveis tributos ou penalidades que serão ou não oportunamente lançados. O que a autoridade fiscalizadora inicia em verdade é uma atividade de investigação e para dar continuidade ao seu trabalho solicita através de uma intimação que o contribuinte aperte informações e entregue ou exiba documentos que possam esclarecer sobre possíveis fatos geradores de obrigação tributária principal ou acessória.

Acompanho a manifestação do Sr. Relator quando afirma que “o Auto de Infração é lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária. Portanto, iniciado o procedimento fiscal e realizados os levantamentos de acordo com os roteiros de

fiscalização, sendo apurado imposto a recolher, é lavrado o Auto de Infração, considerando que mediante o procedimento administrativo, se a autoridade verifica a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, apura o valor do tributo devido e identifica o sujeito passivo, sendo a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento, conforme previsto no art. 142 do CTN.mento” Entretanto não identifico na legislação tributária, na doutrina ou na jurisprudência uma possível causa de “suspensão da decadência” identificada como “início da ação fiscal” ou mesmo “lavratura do Auto de Infração”. O prazo decadencial não pode ser suspenso por decisão administrativa. O legislador complementar, a quem cabe disciplinar a matéria não adotou este tipo de “suspensão”.

Independente de possíveis discussões sobre a possibilidade da lei ordinária alterar ou não o prazo estabelecido no §4º. do Art. 150 do CTN ainda existentes, o que identificamos neste PAF é a ocorrência da intimação do lançamento ocorrendo em prazo superior àquele estabelecido pelo legislação baiana - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, os Arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Não temos dificuldade em entender que, sendo o “lançamento tributário um direito potestativo do Estado, para sua existência e validade não depende de nenhum ato por parte do sujeito passivo”. Neste ponto ousamos discordar daqueles que pensam desta maneira. Consideramos que para exercer plenamente o seu direito de defesa contribuinte terá que conhecer todo o conteúdo da acusação que lhe esta sendo imposta. Só após o recebimento regular e com a entrega de uma cópia do lançamento é possível falar-se em encerramento do prazo decadencial.

Na lide em questão a ação fiscal, independente da aplicação ou não da legislação baiana começou dentro do prazo decadencial. O próprio encerramento da fiscalização, ocorrido em 27/12/2012, enquadrava-se no período de tempo possível de um lançamento. Porém o sujeito passivo foi cientificado do ocorrido apenas em 10 de janeiro de 2013 quando já encerrado portanto o prazo que tinha o estado para efetuar o lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232948.0112/12-4, lavrado contra **ATA AEROTAXI ABAETÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.275,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE