

A. I. Nº - 279757.0054/13-1
AUTUADO - MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 02.04.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-04/14

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. 2. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. a) AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. USO DE CRÉDITO FISCAL SUPERIOR AO VALOR RECOLHIDO. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Ausência de ponto controvertido decorrente da falta de interposição de fato modificativo ou extintivo da acusação fiscal promovida. Lançamentos tributários incontroversos. Aplicação do art. 140 do RPAF/99. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. Prejudicial de mérito rejeitada. Vigência do COTEB, com fulcro no art. 173 do CTN. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO COTEB. Incompetência do Órgão Julgador, com base no art. 167 do RPAF/99. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2013, reclama ICMS no valor de R\$214.714,48, apurado mediante as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, com CFOP 5927, baixa de estoque por deterioração, roubo ou sinistro, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS a Menor nas Operações com CFOP 5927 - Baixa de Estoque de Mercadorias Tributadas, parte integrante do Auto de Infração, cuja cópia foi entregue ao Contribuinte. Valor Histórico: R\$53.710,08. Multa 60%. Meses de jan/08 e jun/09.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente Crédito Fiscal, referente à aquisição de Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária. Pelo motivo de ter lançado no livro de Registro de Apuração do ICMS valor superior ao efetivamente recolhido, conforme extrato de recolhimento do ICMS (Relação de DAE - 2009), Livro RAICMS e cópias juntadas ao Auto de Infração, com entrega ao Contribuinte. Valor Histórico: R\$120.037,12. Multa 60%. Meses de abr/09, mai/09 e ago/09.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme Livro de Registro de Apuração do ICMS, referente à Nota Fiscal nº 1.483, de emissão da PETROBRAS. Valor Histórico: R\$40.967,28. Multa 60%. Mês de mar/08.

O autuado interpõe impugnação às fls. 25/35. Inicialmente, descreve as infrações do lançamento em questão.

Suscita o caráter prejudicial de mérito em relação à decadência das operações ocorridas, durante o período de janeiro de 2008 a agosto de 2009, haja vista o termo final da contagem do prazo decadencial, data da notificação do lançamento, 27/12/2013. Assim, afirma estar patente a consumação da decadência para todas as operações ocorridas até o dia 30/11/2008.

Por se tratar de imposto cujo lançamento é feito por homologação, esclarece a regência do instituto da decadência no art. 150, §4º do CTN, sendo a data das operações o marco inicial para a

contagem do prazo decadencial. Reitera seu argumento com o art. 146, III, “b”, da CF/88, ao estabelecer que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário.

Cita lição de Leandro Paulsen e julgado do STF (RE 148754-2/RJ), excerto do voto do Ministro Carlos Velloso, sobre o CTN mencionado pela Constituição Federal, recepcionada como Lei Complementar, inclusive, com normas prevalentes em face daquelas insertas na Lei de Execução Fiscal.

Transcreve a Súmula Vinculante n° 08, para demonstrar o entendimento da inconstitucionalidade dos arts. 5°, do Decreto-Lei 1.569/77, e 45 e 46, da Lei n° 8.212/91, utilizando-se o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional (RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

Nesse sentido, afirma que as normas da Lei n° 3.956/1981 – COTEB não podem prevalecer em face do CTN, razão pela qual deverão ser afastadas no presente caso, em estrita observância aos preceitos constitucionais.

Reproduz também entendimento firmado pelo STJ, sobre a contagem do prazo da decadência, nos lançamentos por homologação, conforme decisão proferida, em 07/11/2011, nos autos dos Embargos de Divergência ao REsp n.º 1.199.262. Também cita decisão do STJ sobre a hipótese específica de existência do crédito advindo da operação anterior, em que o contribuinte se creditou do valor pago e efetuou o pagamento do valor restante, que confirma o entendimento pela aplicação da contagem do prazo decadencial na forma do artigo 150, §4º, do CTN (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/9/2009; AgRg no AREsp: 218090 CE 2012/0171795-4, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 04/10/2012, T2 - Segunda Turma, DJe 10/10/2012).

Acrescenta seu entendimento demonstrando o caráter pacífico da matéria, em outras decisões do STJ: (AgRg no REsp 1152747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011; AgRg no REsp 1192933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 11/02/2011; AgRg no REsp 1182862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011; REsp 1122685/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010). Casos sujeitos ao lançamento por homologação, em que houve pagamento antecipado, ainda que parcial, foi aplicado o artigo 150, § 4º, do CTN.

Desta forma, afirma que resta demonstrado à unanimidade da matéria em favor dos contribuintes. Assevera a necessidade de aplicar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, com o cancelamento das exigências anteriores a 30 de novembro de 2008. Requer, assim, que seja aplicado o correto e atual entendimento desse Tribunal, qual seja, o da disposição contida no art. 150, § 4º, do CTN nos casos sujeitos ao lançamento por homologação, em que houve pagamento antecipado, ainda que parcial.

Pede e requer o cancelamento das exigências relativas às operações decaídas, ocorridas em 31/01/2008 e 31/03/2008, em respeito ao art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN.

Presta informação fiscal, às fls. 40/42, um dos autuantes. Inicialmente, cita a descrição do CTN, aprovado pela Lei n° 5.172/66 sobre a matéria decadencial. Transcreve, ainda, o disposto do art. 965, do RICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97. Prossegue reproduzindo o Código Tributário Nacional e enfatiza, ainda mais, o entendimento do legislador a respeito do art. 173.

E, logo, afirma que não há que se falar em decadência do crédito tributário, à luz do que dispõe a legislação tributária, em especial o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, "quanto à parte da exigência da Infração 3, que exige ICMS não recolhido do exercício de 2007".

Pede pela Procedência do Auto de Infração, tendo em vista os argumentos defensivos frágeis, sem amparo na legislação tributária.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório pelo sujeito passivo. Dessa forma, o lançamento está apto ao julgamento.

Quanto aos valores cobrados relativos do período fiscalizado, em que pese as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal apresentadas, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, em que pese este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

Art. 150. ...

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada, para efetivação do lançamento, estabelecido pelo § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, *in verbis*:

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 à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 27/12/2013 (data da lavratura do presente auto de infração) não havia ainda ocorrida a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes aos exercícios fiscais de 2008 e 2009.

Verifico, ainda, que o comando do COTEB, do art. 107-A, transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário, aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido).

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela

notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Código Tributário do Estado da Bahia:

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

Nota 1: O art. 107-A foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Nesse diapasão, o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965.

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ademais, o entendimento acima explanado acompanha decisões reiteradas no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF. A exemplo, tem-se excerto do voto do ilustre Relator Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-05/13, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, a respeito do prazo decadencial.

"Convém também pontuar, quanto a esta matéria, que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, inclusive, em decisões mais recentes. Nesse sentido o Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do eminente relator, representante das classes empresariais, Nelson Antônio Daiha Filho, é reproduzido parcialmente abaixo, a título ilustrativo:"

'Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp

63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.'

Logo, ao caso concreto, não opera o instituto da decadência arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, de modo a afastar a aplicação do art. 150, §4º do mencionado código. *Ex positis*, rejeito a prejudicial de mérito suscitada, em face dos lançamentos tributários do período de janeiro de 2008 a agosto de 2009.

Consoante com o art. 167 do RPAF/99, este Órgão Julgador não possui competência para declarar a inconstitucionalidade, aventada pelo impugnante, das disposições contidas na Lei nº 3.956/81, Código tributário do Estado da Bahia - COTEB.

No mérito, o impugnante não se desincumbiu do ônus da prova relativo à interposição de fato modificativo ou extintivo, em face dos lançamentos das infrações constantes no auto de infração. Destarte, não resta apresentado ponto controvertido na questão posta, a ponto de surgir a pretensão resistida e, por conseguinte, a lide, no âmbito administrativo estadual. Com efeito, procedem as respectivas acusações fiscais, com base no art. 140 do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, que aprova o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0054/13-1**, lavrado contra **MX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.714,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR