

**A. I. N°** - 206981.0110/13-8  
**AUTUADO** - ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO NELSON DE SOUZA FILHO  
**ORIGEM** - INFRAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 03.12.2014

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0230-04/14**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. USO E CONSUMO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 2. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO. a) USO E CONSUMO. b) ATIVO FIXO. Pedido de revisão fiscal indeferido. Impugnação genérica. Lançamentos controversos. Aplicação do art. 140 do RPAF/99. Infrações caracterizadas. Preliminar de mérito rejeitada. Art. 173 do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/13, exige ICMS, no valor de R\$17.202,80, em decorrência dos seguintes fatos:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.02 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento". Meses de: jan/08; mar/08; abr/08; set/08 a dez/09. Valor histórico de R\$9.431,91. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 - 06.02.01 - "Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento". Meses de jan/08 a dez/09. Valor histórico de R\$7.290,23. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - 06.01.01 - "Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento". Meses de jan/09 e jun/09. Valor histórico de R\$480,66. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa às fls. 22/24. De início suscita Decadência referente aos fatos geradores ocorridos até o dia 31/12/2008. Afirma que julgados do STJ, TJ-BA indicam, como marcos para a ocorrência da Decadência, os prazos dos fatos geradores e da intimação regular do sujeito passivo. Assim, pede a extinção do crédito tributário pela Decadência, referente aos fatos relativos ao exercício de 2008, em virtude de ser intimado da autuação em 22/01/14.

No mérito, menciona a atividade principal de "Fabricação de máquinas e equipamentos para a prospecção e extração de petróleo, peças e acessórios". Relata que a autuação cinge-se a aquisições de insumos, exemplificados na sua peça defensiva, cujas operações fiscais não ensejam vedação à utilização do crédito fiscal, bem como obrigação de pagamento do diferencial da alíquota. Registra a ausência de conhecimento técnico do autuante, além da falta de solicitação de prévio esclarecimento sobre a efetiva participação dos produtos listados na autuação no processo de industrialização. Pede, como meio de prova, sob pena de cerceamento do direito de defesa, revisão *"in loco"*, por fiscal estranho ao feito, visando discriminar e esclarecer a participação de cada insumo, cujas operações estão comprovadas nas notas fiscais juntadas aos autos.

Requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, ou, ao menos, a exclusão dos valores alcançados pela Decadência e aqueles vinculados aos documentos juntados, além da posterior produção de prova, juntada de documentos e revisão do procedimento por fiscal estranho ao feito, para apurar a natureza dos produtos demonstrados nas cópias anexadas. Fls. 26/110; 113/207.

O autuante presta informação fiscal às fls. 209/210. Relata que o sujeito passivo foi intimado, em 19/12/2013, através de seus representantes, para o comparecimento à Inspetoria Fiscal, no dia 26/12/2013, a fim de tomar ciência do resultado da fiscalização, fl. 211. Junta cópia da mensagem relativa à convocação e afirma ter sido utilizado de mesmo expediente para solicitação dos livros e documentos fiscais.

Assevera que o objeto da autuação relaciona-se com material de uso e consumo e com ferramenta, não possuindo o enquadramento de insumo ou produto intermediário, em virtude da atividade econômica declarada pelo próprio impugnante. Relata ter sido respeitada a classificação realizada pelo sujeito passivo, que segundo ele é a maior conhecida do processo industrial.

Por fim, pede a procedência total do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Cabe registrar que o sujeito passivo exerceu plenamente seu direito à ampla defesa e contraditório.

Logo, não existindo vícios na lavratura do Auto de Infração, muito menos no decorrer da instrução processual, de modo a inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise da preliminar e do mérito da questão ventilada, ao indeferir o pedido referente à revisão por estranho ao feito.

Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em julgados do Poder Judiciário, quanto aos valores cobrados relativos ao período de 31/01/2008 a 31/12/2008, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, uma 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, ainda que 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 art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB.

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 19/12/2013 (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 ao período de 31/01/2008 a 31/12/2008.

Verifico, ainda, as disposições do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário, e no art. 107-B, §5º, que estabelecem regras atinentes à constituição do crédito tributário aplicáveis ao caso em tela.

### Código Tributário Nacional - CTN

*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 - COTEB**

*Art. 107-A. 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)*

[...]

*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.*

*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 sentido do art. 107-A do COTEB, 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.*

Neste diapasão, há 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 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz entendimento a respeito do prazo decadencial, proferido pelo Conselheiro Classista Nelson Antônio Daiha Filho.

*"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 termo *a quo* estipulado no art. 150, §4º desse código. Dessarte, rejeito a preliminar de mérito aventada.

No que concerne a infração 01, o impugnante não traz aos autos elementos para elidir a acusação fiscal, revestida de presunção do fato alegado. Dessa forma, aplico o art. 140 do RPAF/99, para caracterizar o mencionado ilícito, tendo em vista que o deficiente não se desincumbiu do seu ônus, diante da ausência de comprovação do argumento relacionado com a classificação de insumos, como citada na fl. 23, a exemplo da participação dos produtos utilizados no processo industrial. Constatou ainda, que o lançamento promovido, possui como base, as informações do Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP, eleito pelo próprio sujeito passivo, como informam às fls. 08/12.

Outrossim, aplico o art. 140 do RPAF/99, para também considerar caracterizada a infração 02 pelas mesmas razões acima explanadas.

Quanto à infração 03, o impugnante não traz aos autos fato para desconstituir o lançamento tributário, notadamente, acerca da classificação fiscal por ele discriminada na fl. 23. Logo, a mencionada infração resta caracterizada nos termos do art. 140 do RPAF/99.

Destarte, apesar de o impugnante juntar documentos fiscais referentes às suas operações, fls. 26/110 e 113/207, constato que a sua insurgência possui caráter genérico, sem apresentar e comprovar fato extintivo, modificativo ou impeditivo para elidir as infrações 01, 02 e 03, resumindo, apenas, a citar alguns produtos considerados por ele, insumos.

Do exposto, voto 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 **206981.0110/13-8**, lavrado contra **ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.202,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, "a" e II, "f" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA