

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

4ª 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 incontroversos. 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 conhecedora 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 Tolstói Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-05/13, da 5ª 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 defendente 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. Constato 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