

A. I. N° - 269283.0002/14-7
AUTUADO - SYNTech COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (SYNTEC)
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 16/04/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0050-02/15

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. SAÍDA REGULARMENTE ESCRITURADA. OPERAÇÃO CONSIDERADA SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NORMAL. Comprovação de fatos modificativos da acusação fiscal. Notas fiscais complementares com destaque do tributo. Infração subsistente em parte. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA CONSENTO SEM O DEVIDO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É prevista a suspensão da incidência do imposto nas remessas de bens para conserto, se atendidos os requisitos e condições previstos na legislação. Documentação juntada aos autos incapaz de refutar a imposição administrativa. Infração caracterizada. DECADÊNCIA. Prejudicial de mérito rejeitada. Arts. 107-A, I e 107-B, § 5º, do COTEB, vigentes à época dos fatos geradores imputados. Pedido de diligência fiscal indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/14, exige ICMS no valor de R\$21.895,86, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 02.01.03 - "Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta que "mercadorias com tributação normal saídas como isentas, sem destaque do imposto". Valor de R\$20.544,60. Meses de jan/09; fev/09; abr/09 a jun/09; set/09 a nov/09; jan/10 a ago/10; out/10 a dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 02.06.01 - "Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno". Consta que "mercadorias tributadas saídas com suspensão do imposto, sem o respectivo retorno dentro do prazo regulamentar de 180 dias e sem requerimento por escrito do contribuinte, dirigido à repartição fiscal, solicitando a prorrogação da suspensão". Valor de R\$1.351,26. Meses de fev/09 e mar/10. Multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 73/82, consignando sua insurgência apenas contra as infrações 1 e 2 nos seguintes termos, após discorrer sobre tempestividade e fatos imputados.

Alega estarem extintos os lançamentos tributários compreendidos entre 31/01/09 a 30/06/09, referentes à infração 1, bem como o relativo à data de 28/02/09 da infração 2, em virtude da ocorrência da Decadência Tributária disposta no art. 156, inciso V, do CTN, tendo como marco inicial para contagem desse instituto a data de 30/09/14. Entende que o nascimento da obrigação tributária não representa necessariamente o momento do crédito tributário, tendo momentos de ocorrência distintos. Sustenta seus argumentos ao transcrever o art. 150, § 4º, do CTN, além de lições de destacados doutrinadores e assevera a incidência dessa norma ao caso em tela.

Requisita o Princípio da Eventualidade para afastar a acusação fiscal, diante da comprovação de notas complementares, caso sejam superadas as alegações relativas à Decadência Tributária.

Às fls. 103/109, o impugnante apresenta as Notas Complementares de nºs 15595, 15594, 15589, 15590, 15593, 15592 e 15591, com destaque do ICMS, respectivamente, dos documentos de nºs 15539, 15548,

15554, 15555, 15574, 15575 e 15586, constantes do levantamento fiscal de jan/09, inerente à infração 1. Para refutar a infração 2, junta aos autos a Nota Fiscal de nº 17064, fl. 111. Menciona a elaboração das planilhas denominadas (DOCUMENTOS 2 e 3), para demonstrar a exclusão dos lançamentos equivocados, CD ROM, fl. 112.

Requer diligência fiscal, o reconhecimento da Decadência do crédito tributário do período entre 31/01/09 a 30/06/09, a exclusão dos valores correspondentes da multa e da moratória e sua intimação do andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa. Ademais, no mérito, a análise das notas fiscais juntadas aos autos, o expurgo da capitalização e dos acréscimos ilícitos.

O autuante presta a informação fiscal nas fls. 115/117 e após resumir as alegações do impugnante, apresenta seu entendimento sobre as questões postas, a seguir relatado.

Ao transcrever o art. 173 do CTN e excerto de julgado do STJ, refuta o entendimento do impugnante, em virtude da acusação fiscal está compreendida no prazo de cinco anos em relação aos fatos geradores questionados, não ocorrendo, para o caso em tela, a Decadência Tributária com base na norma mencionada.

Acolhe a comprovação dos lançamentos pelo impugnante relacionados com o mês de jan/09 da infração 1, produto DISPOSITIVO TRANSDUTOR, constante das notas fiscais acima mencionadas, com valores de ICMS destacados de R\$505,92, totalizando R\$3.541,44, que modifica o valor devido do imposto neste mês para R\$28,29, com base nas informações do demonstrativo na fl. 08.

Todavia, afirma não prosperar o mesmo argumento defensivo para infração 2, posto que a Nota Fiscal de nº 17064, de 26/11/09, fl. 111, não pertence ao período dos respectivos lançamentos constante da fl.02 do auto de infração. Mantém, dessa forma, a referida infração na sua totalidade.

Apesar de ter sido regularmente notificado e receberdó cópia da informação fiscal, fl. 119, o autuado não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Inexiste vício capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento, tendo em vista a apuração do imposto, multa e da respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório em face da acusação empreendida. Destarte, indefiro o pedido voltado à realização de diligência fiscal, pois a lide está apta ao julgamento.

Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em lições da Doutrina, quanto aos valores cobrados relativos ao período de 31/01/09 a 30/06/09, 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, 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. 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, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário, são 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, contados:

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)

[...]

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.

Nota 1: O art. 107-B 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.

[...]

§ 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, 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.

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 30/09/14 (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 31/01/09 a 30/06/09.

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 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, inciso I, 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.

Ex positis, rejeito a prejudicial de mérito suscitada.

No que concerne ao mérito da infração 1, acolho o pleito do impugnante em virtude dos documentos fiscais complementares trazidos aos autos nas fls. 103/109, com destaques do ICMS em cada operação, inclusive, com a aquiescência do autuante. Considero comprovados os respectivos fatos modificativos e, para evitar a configuração do *bis in idem*, altero a imputação inerente à data de ocorrência, exclusivamente, do mês de jan/09, de R\$3.569,73 para R\$28,29, além de manter os lançamentos dos demais meses imputados pelo autuante, na forma descrita nas fls. 1 e 2 deste PAF. Assim, resta subsistente em parte a mencionada infração no valor de R\$17.003,16.

A respeito do conteúdo material adstrito à infração 2, o argumento defensivo não possui o condão de refutar a imputação empreendida. O Documento Fiscal de nº 17064, de 26/11/09, fl. 111, efetivamente, não pertence ao período dos lançamentos constante da fl.02 do auto de infração, meses de fev/09 e mar/10. Logo, a mencionada irregularidade está caracterizada no montante original de R\$1.351,26.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$18.354,42.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269283.0002/14-7, lavrado contra **SYNTech COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** (SYNTEC), devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.354,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR