

PROCESSO - A. I. Nº 299324.8647/06-5
RECORRENTE - MARIA ELIZABETH TAMEIRÃO PONTES (DROGAMAR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0268-03/07
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 22/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0043-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições internas e interestaduais de mercadorias por farmácias, drogarias e casas de produtos naturais é obrigatório o pagamento do ICMS por antecipação nos termos do artigo 353 § 2º do RICMS-BA. Diligência fiscal, efetuada pela ASTEC / CONSEF possibilitou redução parcial do valor do débito julgado em primeira instância. Não acolhida a arguição de decadência. Não se inclui na competência do órgão julgador apreciação de arguição de constitucionalidade na legislação tributária. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em relação à Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada pelo Acórdão nº 0268-03/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2006, através do qual, originalmente, se reclama ICMS no valor de R\$47.677,75, com aplicação da multa de 60%, sob a acusação de que o autuado, ora recorrente, deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias em outros estados.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, reduzindo a exigência inicial para a quantia de R\$47.570,64, com base nos argumentos consignados no voto a abaixo reproduzido:

“VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que se constata da leitura da peça defensiva que o deficiente comprehendeu perfeitamente o objeto da acusação. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo 18 do RPAF. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário.

Quanto à decadência do exercício de 2001, não tem acolhimento, pois o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2006 e a ciência do autuado ocorreu na mesma data, portanto, a autuação se deu antes do término do prazo decadencial estipulado de 5 anos, conforme previsto no parágrafo único do art. 173 do CTN, o qual foi reproduzido no art. 965 do RICMS-BA. Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e não o foi pelo sujeito passivo”.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro /2001 a dezembro /2001 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2006, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever o Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, 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.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.”

Diante do entendimento manifestado por esse CONSEF, aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados ao lançamento do imposto para o Estado da Bahia. A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. Portanto, rejeito a preliminar de nulidade, arguida pelo defendant.

Indefiro, também, o pedido de diligência requerido, pois entendo que os elementos constantes na peça acusatória são suficientes para formar a minha convicção sobre a matéria arguida, como também quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos nos termos do artigo 147, I do RPAF.

Igualmente, indefiro o pedido de perícia suscitado pelo defendant por inexistência dos pressupostos estatuídos no RPAF, especialmente o seu artigo 147, II, como também pelos elementos contidos nos autos serem suficientes para formar o meu convencimento.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS pela falta do seu recolhimento por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias.

É importante salientar que as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, submetem-se à substituição tributária objetiva, em razão dos produtos comercializados (medicamentos), como também, à substituição tributária subjetiva, pelo segmento de atividade econômica descrita na Lei, como sujeita ao recolhimento do imposto por antecipação tributária, independentemente do produto, nos termos do artigo 353, § 2º do RICMS-BA, sendo a MVA (20%) prevista no Anexo 89, do citado diploma legal.

Da análise das peças processuais, verifico que, a autuante elaborou demonstrativo (fls. 11/24), indicando as notas fiscais que foram apresentadas pelo autuado, como também aquelas coletadas no sistema CFAMT, cujas cópias compõem o presente PAF, bem como a base de cálculo e o percentual de margem de valor adicionado aplicado, tendo deduzido os créditos consignados nos documentos fiscais.

Verifico que a autuante reconheceu que no cálculo do ICMS antecipação a recolher, lançou em duplicidade as notas fiscais de nºs 3885 e 377375, reduzindo o débito no valor de R\$107,11 no mês de janeiro/2001 que passou ao montante de R\$2.071,41.

Com relação ao pedido de compensação de créditos fiscais oriundos de recolhimentos indevidos, entendo que além de não ter sido comprovado, não pode ser reconhecido neste processo, devendo o sujeito passivo, requerer à Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal a restituição do indébito nos termos dos artigos 73 a 83 do RPAF-BA.

Não acolho as alegações defensivas de que a saída das mercadorias, objeto da autuação ocorreu com tributação, uma vez que o defendante não trouxe provas ao processo que comprovasse suas argumentações, nos termos do artigo 123 RPAF-BA, a exemplo de demonstrativo acompanhado das notas fiscais de saída comprovando o recolhimento do imposto.

Quanto ao argumento de que não adquiriu as mercadorias, constato que, da análise das peças processuais, segundo a autuante, os remetentes são fornecedores habituais do autuado e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo defendante, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Nas notas fiscais estão indicados os dados do autuado, na condição de acquirente, como: endereço e inscrição estadual. Mantida a exigência fiscal com redução do débito para R\$47.570,64, com alteração do débito correspondente ao mês de janeiro de 2001, para R\$2.071,41.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Cientificado da Decisão supra, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, fls. 1.040 a 1.045, onde, inicialmente, se insurge quanto ao não acolhimento pela instância *a quo* da sua arguição de decadência no sentido de que “o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, §4º, do CTN, já teria expirado”. Argumenta em seguida que o Art. 173 do CTN citado pelo julgador para fundamentar o voto proferido, deixa claro que trata-se de tributo não atingido pelo regime de lançamento por homologação, o que não é o caso do ICMS”.

Insurge-se, em seguida, quanto ao não acolhimento do seu pedido de compensação de créditos fiscais oriundos de tributos recolhidos indevidamente, os quais, ao entendimento da Junta de Julgamento, além de não terem sido comprovados tais recolhimentos, a compensação requerida não pode ser reconhecida neste processo, sugerindo que utilizasse o meio processual específico. Declara-se irresignado pelo fato de ter sido negada sua pretensão de não poder compensar um tributo que alega haver pago com erro, por conta simplesmente da interposição incorreta do código de receita ou pelo fato de ter deixado de apresentar os comprovantes de recolhimento que já constam dos arquivos da SEFAZ. Diz que este posicionamento da Junta de Julgamento fere os princípios constitucionais insculpidos pelo Art. 155 da CF.

Como terceiro argumento recursal cita que está explícito no RICMS que as empresas inscritas na condição de farmácias, drogarias, etc., submetem-se ao regime da substituição tributária por antecipação e que passou despercebido pelos julgadores de 1ª Instância que várias notas fiscais anexadas ao processo foram adquiridas de fornecedores na qualidade de substituto tributário neste Estado, cujo imposto já houvera sido retido. Relaciona às notas fiscais enquadradas nesta situação, fazendo juntada de diversas cópias.

Em conclusão, requer o acolhimento dos seus argumentos e que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, tendo esse órgão recomendado a realização de diligência para averiguar se procedem as alegações do corrente.

Em sessão de pauta suplementar realizada em 27/05/2009, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por encaminhar o processo em diligência à ASTEC/CONSEF no sentido de que, partindo do valor do débito remanescente do julgamento *a quo* que fossem deduzidos da autuação os

valores retidos pelos remetentes das mercadorias arroladas nas notas fiscais objeto da autuação com a consequente elaboração de novo demonstrativo de débito.

A ASTEC/CONSEF elaborou o Parecer nº 124/2009, fls. 1.161 a 1.168, no qual, aponta as exclusões efetuadas, e indica que o débito ficou reduzido para a quantia de R\$46.260,53.

Cientificados do resultado da diligência, a autuante não se pronunciou, enquanto o recorrente se manifesta às fls. 1.174 a 1.179, arguindo que o autor da diligência “incoreu em equívocos” e, em seguida, apresenta um demonstrativo sintético confrontando o valor apurado pela diligência com aquele que considera correto.

Em seguida, sustenta que o diligente deixou de compensar os créditos oriundos das entradas no estabelecimento no período autuado e, também, não considerou os recolhimentos que realizou. Acrescenta que possui créditos fiscais oriundos de recolhimentos indevidos, demonstrando-os, fls. 1.177 e 1.178, os quais totalizam a quantia de R\$8.773,99, quantia esta que, no seu entendimento, deverá ser compensada com o valor lançado no Auto de Infração.

Através do Parecer de fls. 1.180 a 1.182, a douta PGE/Profis, através da ilustre procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, após elaborar uma síntese do processo, rechaça as arguições de constitucionalidade trazidas pelo recorrente visto que falece competência a este órgão colegiado para tal desiderato, em consonância com os termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Aduz, em seguida, que a imputação fiscal está alicerçada no art. 353, § 2º do RICMS/BA enquanto que o lançamento atende aos requisitos descritos pelo art. 39 do RPAF/BA. Acolhe o resultado da revisão fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF e quanto ao pedido de compensação com créditos de recolhimentos indevidos, diz que não há previsão legal para apreciação pelo CONSEF, cabendo ao contribuinte elaborar requerimento de restituição de indébito junto ao órgão administrativo competente da inspetoria fazendária da sua circunscrição.

À fl. 1.182v, a ilustre procuradora Sylvia Amoêdo acolhe, integralmente, o Parecer supra.

Em 29/04/2010, esta 2ª CJF considerando que os fatos geradores constantes do presente Auto de Infração abarcam o período de janeiro a dezembro de 2001, enquanto que o Auto de Infração fora lavrado em 20/12/06 e, considerando também, a Decisão do STF expressa na Súmula Vinculante nº 8, decidiu encaminhar o processo à PGE/Profis para que fosse emitido Parecer jurídico acerca da decadência concernente aos fatos geradores ocorridos no período mencionado.

À fl. 1.188, consta cópia de Despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado determinando que os processos, então sobrestados, devem ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/Profis.

Às fls. 1.189 e 1.190 dos autos a i. procuradora Maria Dulce Baleiro Costa emite Parecer conclusivo a respeito da suscitada decadência dos fatos geradores do exercício de 2001, posicionando-se pela não ocorrência e pela prevalência da lei estadual. Tendo em vista a relevância da questão, transcrevo, a seguir, a íntegra do teor do Parecer Jurídico da PGE/Profis:

“Trata-se de diligência requerida pela d CJF para que a PGE/PROFIS se pronuncie sobre suposta decadência dos fatos geradores de 2001, diante da recente Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante 8.

Os autos ficaram no aguardo de Parecer do i Procurador Geral do Estado a quem foi formalizada consulta nesse sentido, pelo próprio Conseg.

Após retorno dos autos com Parecer conclusivo sobre a matéria, passo a exarar Parecer.

o entendimento da Chefia é no sentido de não se aplica a interpretação do e STF ao caso vertente, podendo a lei estadual dispor sobre prazo decadencial relativamente aos seus tributos.

O art. 150 do CTN estabelece prazo decadencial de 05 anos para a homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como é o ICMS.

“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 simulacão. "(grifei)

O marco inicial desse prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária. Porém, a legislação baiana, respaldada em autorização legal - parágrafo quarto do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar O prazo decadencial.

"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 Apos 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." (grifei- COTEB- Código Tributário do Estado da Bahia)

Como se vê, a lei estadual, repito, utilizando-se do permissivo legal - art 150, parágrafo 4º, do CTN-, prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação, como o ICMS para o primeiro dia do exercício seguinte.

Parte da Doutrina de escol traduz com precisão o entendimento ora exposto, a exemplo das palavras do Prof Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed Saraiva, 2000. paginas 425-426.

"Vale dizer, cabe a lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, será ele de cinco anos, a partir do acontecimento factual."

A Jurisprudência dos Tribunais Superiores também contempla tal entendimento, como se vê da transcrição parcial da Ementa abaixo:

"Ementa: 1. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento na forma do art. 150 do CTN, O termo inicial do prazo prescricional deve ser contado a partir da homologação. Não havendo prazo fixado por lei para a referida homologação, será ele de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). " (TRF-4a Regiao. AMS 2000.04.01.147311-3/RS. Rel.: Des. Federal Maria Lucia Luz Leiria. 1ª Turma. Decisão: 18/06/03. OJ de 20/08/03, p. 612.) (grifei)

É o Parecer, smj.

Salvador, 03 de janeiro de 2012".

VOTO

De início, não vejo como acolher a preliminar de mérito arguida pelo sujeito passivo no tocante a decadência suscitada, pelas razões que abaixo passo a expor, ressaltando, por oportuno, que a matéria já foi corretamente analisada e afastada pela Junta de Julgamento. Desta maneira, mantenho o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda e, me alinho ao entendimento muito bem explanado pela representante da PGE/PROFIS, integralmente já transscrito no presente acórdão.

A este respeito, como já dito, por se tratar de matéria assente na jurisprudência do CONSEF, permito-me, com a devida vénia, transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal o qual, por se referir à matéria idêntica a que ora se analisa, a meu ver esgota, acertadamente, toda a questão:

"VOTO

Incialmente, no que toca à preliminar de mérito de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transscrito, in verbis:

"Art. 107-B

§ 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.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Desta maneira, com arrimo no quanto acima exposto, considero ultrapassadas as arguições de decadência, isto é, tanto àquela pleiteada pelo recorrente em seu Recurso, na medida em que o Auto de Infração fora lavrado em 30/04/2001 e, nessa época ainda não havia operado a decadência para os fatos geradores ocorridos no ano de 1996, quanto à questionada, de ofício, pelo então relator do presente processo.

Também, ultrapasso as arguições de inconstitucionalidade trazidas pelo recorrente, visto que, como destacou a PGE/Profis, falece competência a este órgão colegiado para tal desiderato, em consonância com os termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Quanto à questão do mérito da presente autuação, o próprio recorrente reconhece, explicitamente, que as empresas que atuam na condição de farmácias, drogarias e casas de produtos naturais estão sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação. De fato, a legislação pertinente a matéria, assim se apresenta:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

§ 2º As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto no art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61,V).

(...)

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125”.

Isto posto, o questionamento central do recorrente no sentido de que a fiscalização não considerou as notas fiscais que já teriam o imposto retido pelo fornecedor, não se sustenta tal argumento visto que o processo foi encaminhado em diligência à Assessoria Técnica deste órgão julgador, tendo sido emitido o Parecer Técnico ASTEC/CONSEF nº 124/2009, fls. 1.161 a 1.168, o

qual aponta as exclusões efetuadas, e indica que o débito ficou reduzido apenas para a quantia de R\$46.260,53.

O recorrente ao se manifestar acerca do resultado da diligência arguiu que o autor da diligência “incoreu em equívocos” e, visando sustentar este argumento, aliás, totalmente vazio de conteúdo, apresentou um simplório demonstrativo sintético no qual confronta o valor apurado pela diligência com aquele que considera correto, sem que haja, contudo, elementos fáticos que respalde seus argumentos.

Considero, portanto, também ultrapassada esta questão.

Por fim, melhor sorte não assiste ao recorrente no que tange ao pedido de compensação do débito com supostos créditos fiscais que afirma possuir, vez que, não existe previsão legal para respaldar tal procedimento, o qual, aliás, foge da competência deste órgão julgador. Conforme já mencionado em momentos distintos dos autos deste processo, caso o recorrente, de fato possua créditos fiscais decorrentes de indébito tributário, deverá buscar a via processual correta, através da Coordenação de Processos na Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal, pleiteando a restituição do indébito tributário, se de fato devido, observando, naturalmente, o prazo decadencial.

Diante de todo o exposto, acolho os opinativos da PGE/PROFIS e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que o débito seja reduzido para a quantia de R\$46.260,53, com fulcro no Parecer Técnico da ASTEC/CONSEF, o qual acolho em sua inteireza.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à preliminar de mérito)

Peco vênia para discordar do voto do nobre Relator deste PAF, exclusivamente com respeito à preliminar de decadência suscitada, com espeque na Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar, sobretudo a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 8 (RE’s 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a

divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas no exercício de 2001, não poderiam nem podem ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançadas pela decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 299324.8647/06-5, lavrado contra **MARIA ELIZABETH TAMEIRÃO PONTES (DROGAMAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$46.260,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de mérito) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à preliminar de mérito) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à preliminar de mérito)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS