

PROCESSO - A. I. Nº 206891. 0037/08-6
RECORRENTE - BATÁVIA S/A.INDÚSTRIA DE ALIMENTOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0410-01/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/04/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0073-12/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fim de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação do imposto: custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de anulação da Decisão recorrida. Decisão unânime. Rejeitadas as preliminares de decadência. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0410-01/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/08/08, e exige ICMS no valor de R\$ 187.401,50, acrescido da multa de 60%, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal do imposto, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que a ação fiscal se refere à verificação da base de cálculo nas operações interestaduais envolvendo produtos industrializados em outras unidades da Federação, que foram transferidos para filiais localizadas neste Estado. Por força de disposição constitucional (artigos 155, § 2º, XII, “i”, e 146, III, “a”), a Lei Complementar nº 87/96, através do art. 13, § 4º, II, prescreve que na presente situação a base de cálculo deve corresponder aos custos da mercadoria produzida, que corresponde à soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. A L/C nº. 87/96 dá amparo à Lei nº 7.014/96 (art. 17, § 7º, II), que, por sua vez, respalda o disposto no art. 56, V, “b” do RICMS/BA, que exige a glosa de crédito fiscal decorrente de base de cálculo a mais nas situações aqui tratadas. Consta, ainda, que a autuação diz respeito unicamente a um componente denominado CIF (Cost Insurance Freight), que ocorre quando o fornecedor se responsabiliza pelo frete e o inclui no preço da mercadoria, em contraponto ao frete FOB (Free on Board) que é o frete por conta do destinatário, portanto, neste caso, não sendo embutido no orçamento do fornecedor. Há o esclarecimento de que foi apurado que o autuado, nas operações de entradas de mercadorias recebidas em transferência interestadual inseriu a parcela do frete CIF, quando da composição da base de cálculo, tendo em vista que está consignada nas notas fiscais a expressão “frete pago pelo emitente (código 1), isto é, o valor do frete incluso no “preço da mercadoria”. E que a apuração do valor do frete que estava embutido no custo das mercadorias objeto de transferência, foi baseada na declaração do próprio autuado à fl. 127, e nos valores por ele fornecidos, sendo encontrado o percentual e o respectivo valor do ICMS que foi estornado, de

acordo com o demonstrativo e planilhas às fls. 14,16/42,120/123 e 125), que também se encontra em meio eletrônico (fl. 12).

Após análise das peças processuais e indeferimento da perícia solicitada, a 1^a JJF decide pela total procedência da autuação.

Por representante legal, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 238/240). Após identificar-se e apresentar a Decisão da JJF, diz que desde sua inicial havia demonstrado de que nas transferências de mercadorias realizadas não consta, na base de cálculo do imposto, o valor referente ao frete, o que não foi aceito pela Primeira Instância deste Colegiado. Afirma que ela preferiu a “*formalidade em detrimento da realidade, considerando verdade absoluta o fato de ser consignando nas notas fiscais que a operação era realizada na modalidade “frete CIF”, expressão utilizada tão somente para definir quem era o tomador do serviço de frete*”. Reafirma, neste momento de que o valor do frete não consta da base de cálculo dos produtos transferidos ora em pauta, conforme informado no e-mail encaminhado à fiscalização em 11/07/2008, cuja cópia anexa ao processo. Informa que “*a consignação nas notas fiscais de que o frete é pago pelo emitente se presta apenas a informar o tipo de contratação do transporte para fins de identificação do tomador do serviço, que poderá creditar-se do ICMS incidente sobre o frete, de acordo com a legislação*”.

Em assim sendo, cumpriu rigorosamente a LC 87/96, fato que pode ser constatado no confronto entre as notas fiscais e as planilhas de custo de fabricação juntadas aos autos à fls. 12. E a planilha de fls. 127 demonstra o valor do frete pago pela remetente por quilo de produto transferido para a Bahia, planilha esta apresentada por determinação da fiscalização, mesmo após ser informada por e-mail de que o frete não compõe o preço de transferência praticado. Novamente afirma que havia provado, através da tabela juntada aos autos, de que o frete não compôs o preço de transferência praticado pela indústria para suas filiais em outros Estados da Federação, uma vez que ela demonstra os valores atribuídos às transferências realizadas para a Filial da Bahia e para a Filial do Rio de Janeiro, no mesmo período fiscalizado. Além do mais, nos autos consta planilha do valor pago pelo frete por quilo de produto transferido para a Filial do Estado do Rio de Janeiro, provando que o frete não compõe o valor utilizado para transferência dos produtos.

Nesta linha de argumentação, reproduz a tabela comparativa do preço de transferência praticado pela indústria localizada no Estado do Paraná para as Filiais da Bahia e Rio de Janeiro, no período fiscalizado, observando de que o preço de transferência é o custo da quinzena anterior.

Novamente afirmando de que o frete não integrou a base de cálculo do imposto nas transferências das mercadorias, entende que o indeferimento da perícia solicitada importou em cerceamento de defesa, tornando nulo o Auto de Infração por afronta ao texto constitucional (art. 5º, LV da CF), que assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo administrativo, com os meios e Recursos a ela inerentes. Afirma que a realização de perícia contábil no estabelecimento fabril constataria que seu procedimento e da unidade fabril remetente está em perfeita sintonia com a legislação vigente.

Por fim, requer a reforma da Decisão proferida JJF para considerar insubstancial a ação fiscal. E, caso assim esta CJF não se posicione que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida, determinando o retorno do processo à 1^a Instância para realização da perícia contábil requerida, a fim de lhe propiciar a ampla defesa que lhe assegura a Constituição Federal.

A PGE/PROFIS em seu opinativo de fls. 269/271 da lavra da procuradora Dra Sylvia Amoêdo observa, inicialmente, de que no Recurso Voluntário interposto, a empresa reitera todos os argumentos defensivos, ou seja, que o valor de frete não integrou a base de cálculo nas operações de transferência em tela.

Observa que a Constituição Federal de 1988 pouco deixou à lei complementar estatuir sobre os princípios fundamentais do ICMS, assumindo ela mesma esta tarefa, o que o tornou o

minuciosamente tratado no texto constitucional. Em assim sendo, o próprio texto constitucional determinou expressamente as matérias deste tributo que deveriam ser tratadas por meio de lei complementar específica, o que demonstra a preocupação de que determinadas matérias não sejam tratadas por via de leis ordinárias dos Estados ou do Distrito Federal, cuidando não criar conflitos entre os entes tributantes e insegurança jurídica para os contribuintes. E, dentre tais materiais, encontra-se a base de cálculo do ICMS (art. 155, § 2º, XII, da CF), “*elemento fundamental do fato, gerador, não só por conter a dimensão da obrigação pecuniária, como, segundo define Geral Ataliba, ser “a perspectiva dimensível do aspecto material da, hipótese de incidência que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debeatur”*”

Em obediência ao texto constitucional, a Lei Complementar nº 87/96, no § 4º do art. 13, fixou expressamente a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, trazendo três hipóteses de dimensão da materialidade do tributo, conforme transcreve. Portanto, por ser base de cálculo sujeita ao regime da reserva legal (“*reserva de lei complementar - único veículo competente para estabelecê-la, por força de mandamento constitucional*”), ir ao seu encontro é desobedecer à própria Constituição.

Por outra banda, prossegue, ao constituir base de cálculo de forma não prevista na mencionada lei complementar, o contribuinte assume o risco e a responsabilidade pela exigência do crédito tributário, além de suportar o consequente ônus financeiro, “*até porque nas operações de transferência de mercadoria, apesar da circulação física, não se observa um negócio jurídico mercantil, não existindo transmissão de titularidade, ou seja, apesar da circulação física não, há circulação jurídica, porque a operação não foi realizada entre duas pessoas distintas, não havendo a mudança de proprietário ou de possuidor, portanto, mudança de titularidade*”. Entretanto, tais transferências são consideradas fatos geradores de ICMS, por opção exercida pelo legislador complementar, já que, “*desconsiderada a circulação na transferência interestadual de mercadorias de um estabelecimento para o outro do mesmo titular, não haveria tributação e, nesse caso, o Estado de origem nada poderia arrecadar; em sentido contrário, tributando em excesso, fora do contexto alinhavado pela LC 87/96, o Estado de destino seria prejudicado, porque teria que suportar um crédito fiscal maior, sendo o que acontece no caso concreto e que se combate com a lavratura do presente Auto de Infração*”.

Ressalta como importante considerar que o ICMS é um imposto sobre o consumo, significando dizer que é ele suportado pelo consumidor final. “*Assim, o produtor, distribuidor e comerciante se resolvem mediante o sistema de crédito do imposto pago na etapa anterior - princípio da não cumulatividade*”. Porém, “*mantido o entendimento do recorrente, a lógica do ICMS estaria comprometida, uma vez que o Estado onde está localizado o consumidor final, tendo recebido transferência com valores a maior, deixaria de receber parcela do produto que lhe competia no sistema de repartição engendrado pelo ICMS*”.

Ainda entendeu importante analisar, inclusive objetivando afastar qualquer alegação de nulidade a respeito da formação da base de cálculo para apuração do imposto a ser exigido, que na Decisão recorrida restou consignado de que os autuantes expurgaram da base de cálculo o valor referente ao frete realizado na categoria CIF (Cost Insurance Freight), que é o frete por conta do fornecedor, emitente dos documentos fiscais e a sua exclusão da composição da base de cálculo deu-se porque, nas transferências, além de não se observar a presença do prestador de serviço e o tomador (pessoas jurídicas distintas), deve ser restrita *ao somatório dos custos definidos art. 13, § 4º, I da LC 87/96, ou seja, matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, não admitindo nenhum outro tipo de custo, principalmente o valor do frete que para a ciência contábil representa uma despesa com vendas e não integra assim o custo de produção*.

Por tudo explanado, entendeu correto o procedimento perpetrado pelos autuantes. Quanto ao argumento apresentado pelo recorrente de que o destaque feito na nota fiscal serviria apenas para indicar na operação o tipo de encargo em relação ao frete pago, objetivando que o estabelecimento remetente das mercadorias pudesse utilizar o crédito fiscal, o entende

contraditório. De fato, essa utilização de crédito só é possível quando o valor do frete estiver incluído no preço da mercadoria, porém, “*como bem esclareceu o julgador de 1ª. instância em seu voto “a admissibilidade do creditamento quando o preço é CIF decorre da necessidade de afastar a possibilidade de duplidade de exigência do imposto relativo ao frete, por constar concomitantemente, na nota fiscal e no conhecimento de transporte.”*”

Por fim, consigna: “... é sabido e essencial da natureza jurídica do ICMS que esse creditamento terá efeitos na unidade da federação de localização do remetente, e o que se exige na Bahia é o ICMS devido pela utilização indevida de crédito fiscal, por ter esta parcela relativa ao valor de frete integrado a base de cálculo nas transferências interestaduais realizadas”.

Opina pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário e pela manutenção da Decisão recorrida.

Embora preliminar não suscitada pelo recorrente, porém diante da Decisão do STF expressa na Súmula Vinculante 8, esta CJF encaminhou os autos à PGE/Profis para que fosse emitido Parecer sobre a decadência, ou não, dos fatos geradores ocorridos até julho de 2003 (fl. 275).

Em despacho (fls. 277/278) o procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, assim se manifesta:

“Nos termos do art. 20, I, da Lei Complementar nº 34/09, instado a se manifestar sobre o RECURSO VOLUNTÁRIO promovido pelo autuado, posiciono-me no sentido do encaminhamento do presente feito ao Procurador Assistente da PGE/PROFIS, com arrimo no art. 5º, § 3º, do Decreto Estadual nº 11.737/09, para determinação de arquivamento provisório do presente expediente, em face da autorização para sobrerestamento do presente Processo Administrativo Fiscal proferida pelo Exmo. Procurador Geral do estado da Bahia, uma vez instaurado incidente de Uniformização de Orientação Jurídica PGE20103912360 para definição da orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado da Bahia acerca da definição do termo inicial decadência para constituição do crédito tributário no Estado da Bahia em face dos fundamentos de Decisão vinculados na Súmula nº 08 do STF.ressalta inicialmente”.

“Assim sendo, tendo em vista que o lançamento tributário em lide traz em seu bojo a possibilidade da declaração de decadência, conforme suscitados na promoção de fls. 275, entendo, com suporte no Decreto Estadual nº 11.737/09, pelo encaminhamento do feito para arquivamento provisório, uma vez sobrerestado o andamento do feito, com escopo de preservar a uniformidade da orientação jurídica a ser adotada pela Procuradoria Geral do Estado nesta questão, tendo em vista que se trata de tema de ampla repercussão ou potencial efeito multiplicador nos julgamentos administrativos do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia e, igualmente, em ações manejadas por contribuinte na esfera judicial”.

Opinou pelo encaminhamento dos autos ao procurador assistente da PGE/PROFIS para deliberação sobre a proposição formulada.

O processo foi encaminhado à procuradora assistente da NCA/PROFIS/PGE que o encaminhou ao Gabinete do Procurador Geral do Estado. Este, diante do fato de que a proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, despacha no sentido de que “*devem os processos então sobrerestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.*”(fls. 279/280).

A procuradora Dra. Maria Jose Coelho Lins de A. Sento-Sé, apresenta o seguinte opinativo conclusivo (fls. 281/282): “*A lei estadual, no seu art. 107 do COTEB, em conformidade com a previsão do parágrafo 4º do art. 150 do CTN, prevê o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2003 teve início em primeiro de janeiro de 2004. Contando-se cinco anos de primeiro de janeiro de 2004, vemos que a autuação que foi lavrada em 28/08/2008, com ciência do sujeito passivo em 04.09.2008, ocorreu dentro do prazo legal, devendo ser afastada a ocorrência de decadência. Ante as considerações acima expedidas, ratifico o Parecer de fls. 269/271, opinando pelo improvimento do Recurso voluntário”.*

VOTO

Embora preliminar não suscitada pelo recorrente em relação à decadência de fatos geradores que determinaram a exigência do imposto ora em lide, por ser ela matéria de ordem pública, deve ser declarada, de ofício, a qualquer tempo.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS. O presente PAF restou sobretestado.

A Procuradoria Geral do Estado, após detida análise do quanto esposado na citada Súmula do STF e, em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos, então sobrestados, deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/Profis, e, por consequência, por este Colegiado, o que ora faço, afastando, desta maneira, toda questão relativa aos prazos decadênciais porventura existentes e mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso, deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A, bem como, aquelas determinações expressas no *caput* do art. 108-B do citado COTEB. O exercício é o de 2003. Aqui, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/04 e encerra em 31/12/09, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 28/08/2008 e o contribuinte notificado da fiscalização em 04/09/2008.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, açambarca todos os aspectos ora postos no presente voto.

Incialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência 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 transcrito, 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.

Isto posto, o presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, decorrente de operações interestaduais de transferências de mercadorias com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem em montante superior àquele estabelecido em lei complementar. A autuação decorreu do fato de constar inclusa nas notas fiscais de transferências de mercadorias recebidas pela empresa, a parcela do frete CIF, quando da composição da base de cálculo - “*frete pago pelo emitente (código 1).*”

Os autuantes com base na declaração do próprio autuado (fl. 127) e nos valores por ele fornecidos, separaram os custos permitidos pela Lei Complementar (LC) nº 87/96, expurgando deles o item referente ao frete CIF. Após a apuração do custo de produção unitário, foi ele confrontado com a base de cálculo consignada em cada nota fiscal de transferência, sendo determinada a diferença entre o valor previsto no art. 13, § 4º, II da LC 87/96 e o que foi consignado a maior, como se prova através do demonstrativo “*Estorno de Crédito do ICMS -Frete*”. Foi aplicada a alíquota interestadual prevista na legislação sobre a diferença apurada, para fins de cálculo do valor do crédito utilizado a mais pelo contribuinte (fls. 16/42).

Em qualquer momento o recorrente questiona as determinações legais expressas no art. 13, § 4º, II da LC 87/96. Sua insubordinação se prende ao fato de que, apesar de constar o registro na nota fiscal, “*frete pago pelo emitente (código 1)*”, este não teria sido computado na base de cálculo das transferências. Tal registro serviu, exclusivamente, para informar o tipo de operação de transporte para fins de creditamento do ICMS incidente sobre o frete pelo remetente, que é quem paga pelo transporte. Que tal informação foi prestada à fiscalização, inclusive por e-mail. E, ainda, para corroborar o que expôs apresentou planilhas de custos entre sua matriz (fábrica) e diversas filiais objetivando demonstrar esta não inclusão do valor do frete no custo de transferência.

Nesta linha de entendimento, pede a anulação da Decisão recorrida por ter sido negado o pedido de perícia contábil requerido, o que diz ser claro cerceamento do seu direito de defesa, trazendo à baila as determinações do art. 5º, LV da Constituição Federal – CF.

Preliminarmente, atenho-me ao inconformismo do recorrente em relação à Decisão de 1º Grau em negar a realização de perícia contábil.

É cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99) solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito.

No presente caso, a JJF entendeu desnecessária (art. 147, I, “a”, do RPAF/BA) a diligência solicitada, pois, e em primeiro, (sic) ... *os elementos acostados aos autos, notadamente as notas fiscais com os registros de se tratar de transferência a preço CIF, bem como os demonstrativos e planilhas acostados pelos autuantes, permitem identificar os valores relativos a cada item formador do custo de produção e os valores referentes à glosa do crédito fiscal, não restando*

dúvida quanto à forma de apuração do valor exigido na autuação e, consequentemente, o acerto da exigência fiscal, pois, realizada na forma do artigo 93, § 5º, II, c/c o artigo 97, VIII, todos do RICMS/BA, abaixo transcritos:

Em segundo, a JJF apresentou, quando a negou, o motivo desta negação, qual seja (sic): *No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.*

Em assim sendo, não existiu, por parte da JJF, qualquer violação aos princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, não havendo justificativa para a anulação da Decisão de 1º Grau. E, ressalto, caso o recorrente dirigisse o pedido de perícia fiscal a esta CJF, de igual sorte, e com base nos argumentos apresentados pelos julgadores de 1º Grau seria negada.

Quanto aos demais argumentos e documentos apresentados pelo recorrente, eles, apenas, são uma repetição de sua defesa inicial e que foram corretamente rechaçados pela JJF. Porém, como foram reapresentados, tenho que reexaminá-los.

Inicialmente, ressalto que, embora a legislação tributária não vele o transporte com cláusula CIF em uma operação de transferência, a sua utilização pode desaguar em situações outras de difícil comprovação por parte do contribuinte. Em uma transferência de mercadoria inexistem as figuras do “remetente – vendedor” e do “adquirente – comprador”, pessoas juridicamente distintas. Nela não se observa um negócio jurídico mercantil, não havendo a mudança de titularidade da mercadoria, mesmo havendo a sua circulação física, que, conforme art. 12, I, da lei Complementar nº 87/96 se constitui elemento para a ocorrência do fato gerador do imposto (*Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*).

Isto posto, uma operação de transporte de mercadorias por transferência com cláusula CIF tem que se submeter à regência na norma regulamentar sob pena do contribuinte arcar com o ônus da sua desobediência, vez que ela visa não somente o controle do Estado sobre sua receita nessas operações, bem como, dar ao contribuinte, que arcou com o seu ônus, respaldo legal para exercer o seu direito. Por esta razão é que no documento fiscal deve restar consignada a modalidade do transporte realizado, não sendo, apenas, uma simples formalidade, como afirma o recorrente, mas sim, atestado legal da operação realizada, ou seja, se com frete a pagar pelo adquirente da mercadoria (cláusula FOB) ou se pago pelo seu remetente (cláusula CIF) e, neste específico caso, com o preço do frete incluso no custo da mercadoria vendida e/ou transferida. Em assim sendo, não se pode dar guarida ao argumento do recorrente de que nos documentos fiscais apenas foi consignado que a operação foi realizada com o frete pago pelo emitente (código 1) para que o mesmo pudesse exercer o seu direito ao creditamente do imposto suportado, não estando tal despesa incluída na composição do preço unitário da mercadoria transferida.

Observo, ainda, que a sustentação do recorrente é equivocada (valor do frete não constar da base de cálculo dos produtos transferidos para a unidade fiscalizada), pois, para que o remetente possa utilizar o crédito fiscal relativo ao imposto cobrado sobre a prestação de serviço de transporte ele, necessariamente, deve estar incluso no preço da mercadoria, diante da necessidade de se afastar a possibilidade de duplicidade de exigência do imposto relativo ao frete, por constar, concomitantemente, na nota fiscal e no conhecimento de transporte. Nesta situação, entendo, não se tratar, inclusive, nem de crédito fiscal, mas sim de resarcimento do valor do ICMS pago, para não haver, como dito, duplicidade de lançamento.

E, por óbvio, o crédito fiscal decorrente desta operação será, por direito, exclusivamente da empresa localizada em outra unidade da Federação que arcou com as despesas da operação levada a efeito, não sendo afeto a este Estado da Bahia.

Entretanto, após tracejar essas linhas, importantes para afastar os argumentos de defesa apresentados, lembro que o que se exige no presente Auto de Infração é o ICMS devido pela utilização indevida de crédito fiscal, pela inclusão do valor do frete na base de cálculo das transferências de mercadorias realizadas.

O art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, por competência constitucional, determina que nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a base de cálculo deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma de custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, de forma específica, não admitindo nenhum outro tipo de custo, já que deve compatibilizar as diversas leis estaduais, em estrita obediência com a coerência do ordenamento jurídico nacional. Esta regra, por óbvio e em obediência ao regramento da hierarquia das leis, foi reproduzida pelo Estado da Bahia na Lei nº 7.014/96 (art. 17, § 8º, inciso II), já que não pode ser modificada por nenhuma lei estadual de acordo com os interesses de cada um ente federativo. Entendo de que o legislador complementar ao definir o que seja “custo da mercadoria produzida” elencando, de forma taxativa, ser ele o somatório da matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra, visou não ferir o pacto federativo e o princípio da autonomia distrital, sujeitando a todos, de forma impositiva, os limites da base de cálculo do ICMS nas operações ora em lide.

Diante de tudo ora exposto e ressaltando, inclusive, que frete com cláusula CIF (frete por conta do remetente ou vendedor) se constitue despesa operacional de uma empresa e nunca custo de produção, a tese esposada pelo recorrente não tem o condão de desconstituir a exigência do imposto ora em lide.

Quanto às planilhas de custo de transferência e notas fiscais apresentadas visando provar que o frete não se encontra imputado no valor unitário da mercadoria transferida, meu entendimento é o mesmo externado pelos autores e julgadores de 1º Grau, ou seja, eles não servem, neste caso, de prova para descharacterizar o fato de que o frete está inserido na base de cálculo, pois, por integrar o imposto a sua própria base de cálculo e as alíquotas serem distintas para o Estado do Rio de Janeiro e para o Estado da Bahia, os valores deveriam ser diferentes e não iguais, caso fossem formados pelos mesmos elementos previstos no artigo 13, § 4º, II da Lei Complementar nº 87/96.

Por tudo exposto e como existem provas nos autos que identificam os valores relativos a cada item formador do custo de produção e os valores referentes à glosa do crédito fiscal, além do fato de que, em qualquer momento, o recorrente os contestou objetivando demonstrar que eles não dizem respeito tão-somente à matéria-prima, material secundário, mão-de-obra, acondicionamento e frete com cláusula CIF, a infração restou caracterizada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo em sua totalidade a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à preliminar de decadência)

Em que pese o brilhante voto da ilustre Conselheira Relatora Mônica Rotters, me permito divergir no que tange, tão-somente, a matéria de ordem pública relativa à decadência dos créditos tributários lançados na autuação em apreço.

Em consonância com outros votos de minha lavra sobre esta referida matéria, entendo que a decadência, de fato, se configura no caso em apreço, ou seja, decorreram-se mais de 05 anos entre a data da lavratura do lançamento de ofício (28/08/2008) e a data da ocorrência dos fatos geradores relativo aos meses janeiro a agosto do ano de 2003.

Antes de mais nada, verifico que se trata de matéria controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, traz à baila esta controvérsia e a busca de um novo entendimento sobre a matéria.

Compulsando a matéria em tela através de apurada pesquisa jurídica, chego ao entendimento que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores está atingido pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubstancial o lançamento acima citado.

Por sua vez, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, 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”.

Primeiramente, ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 08 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, in litteris:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na

Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO

EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno” (grifo nosso)

Diante deste incontestável e claro pronunciamento, resta claro e justo que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas à Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo. (grifo meu)

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 08 do STF.

Entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder a uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna, ou seja, não pode ater-se a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, fica evidente que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, cumpre-me, antes de concluir o entendimento da inteligência da SV. 08, fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não

houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Reitero que merece acolhida a valiosa manifestação exarada pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acerca da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Ora, é de meridiana clareza que se há necessidade de alteração, significa que tal norma jurídica não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nessa seara, cumpre-me assinalar 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, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. Agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, cinco anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquirir qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como se sabe, o Código Tributário tem dois artigos dispostos sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Antes de mais nada, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“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 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.”

(...)

“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”

Em seguida, é salutar observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“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.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fica por demais evidenciado o entendimento consolidado do STJ:

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011”

Em face desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 05 anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo quanto acima exposto, voto para julgar pela DECADÊNCIA do lançamento de ofício cujos fatos geradores foram anteriores a 28/08/2003, ou seja, decorreram-se mais de 05 anos entre

a data da lavratura do lançamento de ofício (28/08/2008) e a data da ocorrência dos fatos geradores relativos aos meses janeiro a agosto do ano de 2003.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime em relação a preliminar de decadência e, por unanimidade, quanto à nulidade da Decisão de Primeira Instância e ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0037/08-6**, lavrado contra **BATÁVIA S/A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.401,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. e dos acréscimos legais.

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

VOTO DIVERGENTE (Quanto a preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE
(Quanto a preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS