

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0066/09-6
RECORRENTE - NORDESTE IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0339-05/09
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 26/04/2012

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0077-12.12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. Infração comprovada. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. Infração não elidida. **b)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. Infração comprovada.. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE INAPTOS. Comprovado que na data da ocorrência dos fatos geradores os contribuintes estavam com suas inscrições cadastrais inaptas no Estado da Bahia. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Saídas amparadas pelo Decreto nº 7.799, Atacadistas. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Afastada a arguição de nulidade da Decisão de Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, no qual impugna a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/04/2009, o qual exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$77.711,91:

- 1- Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$ 100,00, referente aos exercícios de 2004 e de 2005.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão

- monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 6.493,89 e multa de 70%.
- 5- Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. ICMS no valor de R\$ 4.327,55 e multa de 60%.
- 6- Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$269,74 e multa de 60%.
- 9- Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às saídas para contribuintes inaptos, conforme demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 3.774,32 e multa de 60%.
- 11-Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Referente às saídas amparadas pelo Decreto nº 7799 – Atacadistas, conforme demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 50.874,58 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 2322 a 2369, na qual tece vários argumentos defensivos, os quais entende necessários para elidir o Auto de Infração, pois entende como injusto o lançamento de ofício contra ele lavrado.

O autuante presta informação fiscal, fls. 2377 a 2380, no qual opina pela Procedência do lançamento, pois entende como insuficientes os argumentos defensivos, reafirmando a sua posição no que concerne à procedência do Auto de Infração em lide.

O contribuinte manifesta-se quanto à informação fiscal, e relata que todo o procedimento fiscal deve buscar a verdade material e neste caso foi levantado Parecer tributário na SEFAZ, em que se verifica que não deve haver estorno de crédito fiscal do benefício fiscal decorrente do Decreto nº 7.799/00. Transcreve o Parecer nº 06324/2009, datado de 20/04/2009, emanado da DITRI, e conclui que não é devido o estorno do crédito exigido na infração 11.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal se pronunciou em relação ao caso em lide, julgando como procedente o Auto de Infração, julgamento este que transcrevo abaixo:

“Nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na impugnação administrativa, pois entendo não ser necessário, face aos elementos constantes nos autos serem suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca das infrações elencadas neste lançamento, a teor do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Inicialmente cabe apreciar as questões de nulidade do ato administrativo de lançamento, trazido pelo contribuinte na peça defensiva.

Invoca, o autuado, os princípios da legalidade, moralidade do ato administrativo tributário, e nesse sentido, lembro que tais princípios são requisitos dos atos administrativos, que se constituem de condições a serem observadas para sua válida edição.. Assim, na presente lide verifico que o ato administrativo de lançamento encontra-se consoante o princípio da legalidade, pois a autoridade administrativa atuou na existência de lei que assim determina, ou seja, teve atuação vinculada, obedecendo à previsão legal para tal fim. Ademais, na prática de um ato administrativo o agente público está obrigado a observar, não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os Pareceres normativos, em suma, os atos administrativos gerais relacionados à situação com que ele se depara. Quanto ao princípio da moralidade administrativa, este requer a atuação ética do agente público, sendo que o ato contrário à moral administrativa é nulo, por infração à probidade e boa-fé, o que não ocorreu no presente caso.

Neste sentido não vislumbro a ocorrência de atos ou procedimentos encetados pelo auditor fiscal, que tenham ferido a moralidade administrativa e possam invalidar os atos e procedimentos adotados neste Auto de Infração, tampouco realizados de modo ilegal ou contrários à lei e aos atos normativos.

Ademais, verifico que o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, e obedeceu aos ditames previstos no art. 39 do RPAF/99.

Cabe ressaltar que não se inclui na competência desse órgão julgados a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de lei ou atos normativos, art. 167 do RPAF/99.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o recorrente, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, e a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, o contribuinte não impugnou as infrações 7, 8 e 10, ficando mantidas.

Destaco que as infrações 1 a 4 foram constatadas por meio de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2004 e de 2005, tendo sido aplicado o roteiro previsto na Portaria nº 445/98, que disciplina essa espécie de Auditoria. Deste modo, os levantamentos efetuados pelo autuante encontram-se nas fls. 10 a 733, referente ao exercício de 2004, e de fls. 998 a 1565, relativo ao exercício de 2005, ambos objeto da autuação.

Na infração 1 está sendo objeto de apreciação o levantamento quantitativo de estoques, no qual foi apurado omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, em exercício fechado, e aplicada a multa de R\$ 100,00, referente aos exercícios de 2004 e de 2005.

Estabelece a Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à tributação, deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória (art. 5, III).

Esta infração não tem qualquer relação com a infração 2, que exige ICMS sobre operações de mercadorias tributáveis, logo não é pertinente o pedido do sujeito passivo no sentido de que esta multa não deveria ser aplicada pois a multa da obrigação principal contida na infração 2 a absorveria. São distintas, portanto legítima a aplicação da multa ora analisada. Infração procedente, haja vista que a defesa não trouxe elementos capazes de desconstituí-la.

Na infração 2, a falta de recolhimento do ICMS foi constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

A defesa alega que foram afrontados princípios constitucionais e que o mero levantamento quantitativo de estoque não basta para provar que houve omissão de saídas anteriores. Aduz que deveriam ser fornecidos elementos que comprovassem a autuação.

Contudo, não procedem as alegações do autuado, pois verificada a omissão no registro de entradas, o fato gerador efetivamente não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento, mas a exigência do pagamento do imposto está embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizada anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto, conforme previsto na Lei nº 7.014/96, § 4º, art. 4º.

Verifico que não foram combatidos os números apresentados no levantamento de estoques, nem a base de cálculo do imposto, tendo o contribuinte recebido cópia de todos os demonstrativos, fls. fica mantida a infração na totalidade.

As infrações 3 e 4, são conexas, pois referem-se à omissão do registro de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e estando a mercadoria ainda no estoque físico, ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V do RICMS/97), e do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo a título de crédito fiscal.

Constato que nos demonstrativos de constantes dos autos, estes procedimentos foram seguidos, e o levantamento quantitativo de estoque foi feito de acordo com as normas legais e regulamentares, materiais e processuais, utilizando o sistema oficial da SEFAZ, o SAFA, e fornecendo-se ao autuado cópia de todos os demonstrativos.

Infrações mantidas.

Na infração 5, consta a acusação de que houve o recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Ocorre que o contribuinte possui Termo de Acordo, Atacadista, Decreto nº 7799, e teria reduzido indevidamente a base de cálculo nas saídas destinadas a não contribuintes, o que implicou no recolhimento a menos do ICMS.

O autuante após levantar as reduções indevidas da base de cálculo, recompôs a conta corrente do ICMS, conforme demonstrativos anexos, fls. 1593 a 2200, e de fl. 1567 (exercício de 2005)

Determina o Decreto nº 7.799 de 07 de maio de 2000, que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes de ICMS, sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo único que integra o Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo, poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo em cada período de faturamento, aos percentuais de faturamento, estabelecidos no art. 1º do diploma legal.

O contribuinte na peça de defesa alega que deveria ser aplicado o princípio da isonomia, pois seriam vendas para contribuintes que são equiparados, apesar de não terem inscrição estadual.

Entendo que este argumento não pode ser aproveitado, pois não foram trazidos provas desta assertiva, ademais, é condição imposta no Decreto nº 7.799/00, que as mercadorias sejam destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, fica mantida a infração em sua totalidade. Ressalto que os dados foram coletados nos arquivos magnéticos enviado pelo contribuinte para a SEFAZ, conforme SIFRA, Banco de Dados.

Na infração 6, está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

O contribuinte nega que recolheu a menos o ICMS, mas o levantamento de Auditoria de Conta Corrente de ICMS, fl. comprova a ocorrência. Neste caso, aplico o disposto no art. do RPAF/99, segundo o qual “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Infração mantida.

A infração 9 aponta que o sujeito passivo deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às saídas para contribuintes inaptos, conforme demonstrativos anexos, fls. 956 a 984, (2004) e de fls. 1572 a 1592. ICMS no valor de R\$ 3.774,32 e multa de 60%.

Na defesa foi alegado que os contribuintes destinatários das mercadorias estariam com suas inscrições aptas, não tendo objeto a infração apontada. Contudo, conforme demonstrado os destinatários estavam à época das aquisições com suas inscrições cadastrais canceladas. Deste modo, prevalece a autuação, mesmo porque não foram trazidas provas da assertiva da defesa, haja vista que as inscrições cadastrais apontadas na defesa, de números 057.300.852; 050.376.720; 052.434.471; 053.378.266; 052.902.886, estavam inaptas em períodos do ano de 2004, procedente a infração.

Na infração 11, o contribuinte não efetuou o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Referente às saídas amparadas pelo Decreto nº 7799 – Atacadistas, conforme demonstrativos anexos.

A defesa alega que foi considerado pela fiscalização que todas as entradas tiveram crédito de 17% e que o estorno cobrado foi superior ao supostamente devido. Alega que não foram anexadas as notas fiscais comprobatórias.

Entendo que não procedem as alegações do autuado, conforme se pode ver nos demonstrativos anexados - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO – DECRETO Nº 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR – fls. 985 a 996, pois em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores superiores a 10% e isto está demonstrado claramente.

Rejeito também a alegação de que deveriam ser anexadas as cópias das notas fiscais, haja vista que a empresa está obrigada a fornecer arquivo magnético e possui uma movimentação muito grande. Como ela está mesma forneceu os arquivos magnéticos, presume-se que as informações sejam verdadeiras, até prova em contrário, o que não foi feito pelo autuado, fato que se depreende por não ter apontado erros nos arquivos magnéticos, nem foram trazidos documentos fiscais para comprovar qualquer divergência neles e nos arquivos magnéticos. Portanto, como se tratam de informações prestadas pela própria empresa, caberia a ela apresentar provas que contrariassem as suas próprias informações.

O contribuinte manifestou-se quanto à informação fiscal, e relata que todo o procedimento fiscal deve buscar a verdade material e neste caso foi levantado Parecer tributário na SEFAZ, em que se verifica que não deve haver

estorno de crédito fiscal do benefício fiscal decorrente do Decreto nº 7.799/00. Transcreve o Parecer nº 06324/2009, datado de 20/04/2009, emanado na DITRI, e conclui que não é devido o estorno do crédito exigido na infração 11.

Para os devidos esclarecimentos, transcrevo a resposta da DITRI, fls. 2389/2390, “O art. 6º” do citado Decreto preceitua:

“Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subseqüentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.”

Diante do exposto conclui-se que o contribuinte deverá proceder ao estorno de crédito superior a 10% apenas nas aquisições de mercadorias cujas saídas subseqüentes sejam alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo. Por outro lado, não será devido o estorno do crédito do imposto vinculado às saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro estadual, afastada a aplicabilidade da disciplina prevista no art. 6º do referido decreto.

Ou seja, não será devido o estorno do crédito do imposto vinculado às saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro estadual, visto que nestes casos as operações serão tributadas normalmente, afastada a aplicabilidade da disciplina prevista no art. 6º do referido decreto.

De todo o exposto, concluo que o autuante tem razão, pois observou o limite de 10%, do crédito a que o contribuinte tem direito e está exigindo apenas o excedente.

Infração mantida.

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.”

O autuado ingressou com Recurso Voluntário (2411 a 2434), no qual repete literalmente os mesmos argumentos elencados na defesa inicial.

Argui que as infrações 2, 3 e 4 estão eivadas de nulidade em face do fato de estarem afrontando os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além de afrontar o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Carta Política de 1988. Todos, aliás, abarcados no próprio art. 2º do RPAF/99.

No que tange à atualização do débito com utilização da Taxa SELIC, arguiu o recorrente a sua impropriedade como índice de acréscimo moratório às infrações 1 a 11, haja vista que a referida taxa é “manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como será disposto ao longo desta peça vestibular”.

Argumentou, ainda, a necessidade da realização de uma diligência fiscal, para a qual requereu deferimento. Solicitou que esta diligência fosse efetuada por Preposto Fiscal estranho ao feito, uma vez que a empresa ficou impossibilitada de recompor todos os demonstrativos, por conta do curto lapso de tempo para apresentação da defesa.

Nesta linha, o recorrente também arguiu a necessidade de perícia, sob pena de estar comprometida toda a autuação, com a consequente nulidade da Decisão de 1º grau. Aduziu ainda que “De um tempo para cá, os **CONSELHOS DE CONTRIBUINTES** vêm anulando as decisões em que a autoridade julgadora de 1º grau não menciona o fato e não motiva o indeferimento do **PEDIDO DE PERÍCIA**”.

E, por tudo quanto exposto na sua peça recursal, o recorrente requereu que “seja conhecido e provido o Recurso Voluntário, para acolher as nulidades dos itens acima indicados, bem como acolha as razões delineadas no mérito e espera, que seja deferida diligência, por fiscal estranho ao feito, e confia que a ação fiscal em tela seja julgada **IMPROCEDENTE os demais itens**, pelas razões anteriormente aduzidas, tudo por ser de Direito e da mais lúdima **JUSTIÇA**, visto que todo extremo, é uma extrema injustiça (*summum jus, suma injuria*)”.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, emitiu o seu Parecer opinativo (fls. 2447 a 2451), alegando, preambularmente, que não há razões

para dar provimento ao pedido de nulidade do Auto de Infração, uma vez que no lançamento tributário não existem vícios ou falhas capazes de ensejar prejuízos ao sujeito passivo.

Salienta que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais. Aduz que o argumento do sujeito passivo de que restaram ofendidos os princípios da ampla defesa, moralidade e legalidade, não merece guarida, uma vez que os atos administrativos executados no presente processo administrativo fiscal, além de atender os requisitos essenciais de validade, obedeceram rigorosamente aos termos das leis tributárias vigentes.

Com relação à adoção da Taxa SELIC, afirma que a cobrança pela mora do pagamento é implementada pelos sistemas corporativos da SEFAZ, com respaldo no art. 51, da Lei nº 7.014/96 e no art.102 da Lei nº 3.956/81, COTEB, cujos dispositivos determinam a atualização dos valores exigidos pela Taxa SELIC.

No que tange ao mérito da causa, assegurou que muito embora o contribuinte tenha tido acesso as cópias de todos os demonstrativos fiscais elaborados no lançamento tributário sob apreço, não cuidou de contestar os valores apurados no levantamento quantitativo realizado pelo autuante, nem tampouco de colacionar aos autos quaisquer documentos fiscais capazes de demonstrar a ocorrência de erros nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ e a regularidade da situação cadastral dos destinatários das mercadorias considerados como inaptos pelo fisco estadual.

Concluiu opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada da sessão de julgamento do dia 23 de março de 2011, esta egrégia 2ª CJF deliberou, por unanimidade, converter este PAF em diligência à PGE/PROFIS para que este nobre órgão exarasse seu Parecer jurídico acerca da matéria em lide, ou seja, se as infrações 06 e 09, em relação a alguns meses do ano de 2004, estariam atingidos pela decadência, uma vez que o intervalo de tempo entre os fatos geradores e a data da lavratura da autuação é superior a cinco anos.

No despacho de fl. 2.458, o D. Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acolhe a sugestão para elaboração de minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, parágrafo 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.

No Parecer jurídico conclusivo constante à fl. 2.459/2.460, este nobre órgão exara entendimento no sentido de que o prazo decadencial, de acordo com o art. 107 do COTEB, combinado com o parágrafo 4º do art. 150 do CTN, deve ser contado a partir do primeiro dia do ano fiscal seguinte, ou seja, 01 de janeiro de 2005, portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2004, teve início em 01/01/2005.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Compulsando os autos, verifico que a despeito de haverem 11 infrações diferentes aplicadas ao contribuinte, todas foram objeto de análise detalhada da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que enfrentou todas as questões de forma técnica e precisa.

Revisando os argumentos esposados pelo recorrente, observo que as nulidades suscitadas não merecem prosperar, inclusive no que tange às infrações 2, 3 e 4, na justa medida em que o procedimento fiscalizatório que originou o auto em apreço, transcorreu em conformidade com a legislação estadual, não se verificando vícios ou falhas que pudessem prejudicar o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

O que se observa é que foi dada oportunidade ao recorrente de conhecer os argumentos que ensejaram a sua autuação e documentos que instruem o PAF, bem como lhe foi garantida a possibilidade de apresentar toda a documentação fiscal de suporte aos seus argumentos.

Analisando o procedimento fiscal entendo por atendidos os princípios da legalidade e moralidade administrativos, bem como aos princípios do contraditório e ampla defesa, restando afastado o

argumento de nulidade trazido pelo recorrente em sua peça recursal.

Inclusive quanto ao argumento esposado pelo recorrente de que a Decisão de primo grau está eivada de nulidade pelo fato da Decisão não ter enfrentado o seu pedido de diligência e/ou perícia, entendo que tal argumento não pode prosperar, já que foi plenamente enfrentado no *decisum* de piso.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade das multas, por caráter confiscatório e da aplicação da Taxa SELIC, é pacífico o entendimento de que no âmbito do processo administrativo não cabe a apreciação de inconstitucionalidades, ficando prejudicada a análise destes argumentos.

Todavia, antes de adentrar ao mérito das infrações que foram objeto do Recurso Voluntário, cumpre-me, de ofício, discordar da decadência sustentada no Parecer conclusivo da PGE/PROFIS, elaborado em atenção à diligência solicitada por esta e. 2ª CJF (fl. 2452) em relação aos meses de janeiro e março de 2004 da infração 06 e aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004 relativos à infração 9.

Entendo que o ICMS cobrado e suas cominações legais, em relação aos fatos geradores nestes meses, foram alcançadas pela decadência e não pode mais se cobrar tais créditos tributários decaídos do sujeito passivo, pelos motivos que passo a discorrer:

Antes, de mais nada, verifico que se trata de questão controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, conforme consta nos autos, 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 de que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores anteriores a abril de 2004 estão atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente o lançamento para este período, que envolve fatos geradores inerentes às infrações 6 e 9.

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 8 (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 PROVIDO. 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 PROVIDO. 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 inconteste 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 8, 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 a 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 8 do STF.

Nesta esteira, entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder 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 está 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 à fls. 2457, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia, conforme já susomencionado. 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, nos termos já transcritos *in verbis* no início deste voto.

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. A 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 perquiria 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 dispondo 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 do quanto acima exposto, estou cômico da decadência do lançamento em apreço, em relação aos meses de janeiro e março de 2004, da infração 6, bem como os meses de janeiro a março de 2004, da infração 9, pelo claro fato dos intervalos de tempo entre estes meses de ocorrência dos fatos geradores e a data da lavratura das infrações, ou seja, 29/04/2009, suplantarem 05 anos.

Contudo, considerando que fui vencido nesta arguição preliminar de decadência, passo a adentrar ao mérito das infrações em lide. Assim sendo, quanto à infração 01, corroboro o entendimento do julgador de primo grau no sentido de que a multa por descumprimento de obrigação acessória, aplicada ao recorrente na infração não se confunde com a infração 02, tampouco está absorvida por esta, que trata da exigência de ICMS sobre operações de mercadorias tributáveis. Fica claro o entendimento de que as infrações decorreram de previsões legais distintas, para hipóteses distintas, não merecendo guarita o argumento recursal. Assim, entendo por mantida a infração.

Quanto à infração 2, os argumentos recursais residiram na nulidade da infração, face à violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Conforme já enfrentado neste voto, não vislumbro no procedimento fiscal qualquer violação aos citados princípios, não havendo nulidade a ser acolhida.

Quanto à infração 5, entendo que a redação do Decreto nº 7.799/00 é clara ao assegurar o benefício de redução de base de cálculo nas saídas apenas para aquelas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. O argumento sustentado pelo recorrente de aplicação do princípio da isonomia não pode se sobrepor a outros princípios constitucionais, tais como o princípio da legalidade. Nesta esteira, uma vez que existe dispositivo legal expresso sobre a exigência de inscrição no CAD-ICMS acertada está a autuação, para os casos de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos, ou não contribuintes.

Quanto à infração 6, o recorrente limitou-se, tão-somente, a alegar o pagamento correto do ICMS, contudo, não trouxe aos autos documentos que sustentassem seu argumento, devendo assim, ser mantida a autuação. Entretanto, querendo, pode o recorrente dirigir expediente próprio à PGE/PROFIS para, no controle da legalidade, analisar o documento que comprovaria o efetivo recolhimento do imposto, conforme alegado.

Quanto à infração 9, apesar do recorrente sustentar em sua peça recursal que os contribuintes para os quais realizou venda de mercadorias estarem aptas, o que se verifica nos autos é que à época da autuação estes contribuintes estavam inaptos, ensejando assim a autuação. Cabe esclarecer que a regularização posterior da inscrição não tem o condão de afastar a autuação.

Para a infração 11, entendo que os demonstrativos acostados aos autos suportam a autuação, na medida em que ficou atestada a regularidade dos levantamentos feitos pelo autuante, que somente cobrou os estornos de créditos de valores superiores a 10%.

Por conseguinte, à luz dos documentos e fatos trazidos aos autos, com fulcro na legislação

aplicável, entendo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida, e, conseqüentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recuso Voluntário interposto, para manter a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de decadência)

Este voto refere-se à arguição de decadência analisada nos autos deste processo.

A decadência foi alegada em relação aos fatos geradores objeto do Auto de Infração que originou a lide, lavrado em 29/04/2009, mas apenas em relação a meses do exercício de 2004, dentre outros aspectos sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

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 administrativo, 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 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;

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.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2004, ou seja, os fatos geradores objeto da arguição de decadência ocorreram entre o período de 01/01/2004 a 31/03/2004 e só seriam desconstituídos, em relação ao exercício de 2004, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2010.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 29/04/2009.

Quanto ao argumento, apresentado em sessão de julgamento, acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

Inicialmente, 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:

(...)

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.”

Pelo exposto, com a máxima vênia discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator, e voto pelo não acolhimento da alegação de ocorrência de decadência. Quanto as questões de mérito, acompanho o voto do relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência, e, por unanimidade, em relação à preliminar de 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 **269198.0066/09-6**, lavrado contra **NORDESTE IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.711,91**, acrescido das multas de 70% sobre R\$12.607,51 e 60% sobre R\$65.004,40, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “d”, “a”, “b”, “f” e “e” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à preliminar de decadência)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS