

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0007/09-6
RECORRENTE - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0161-01/10
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/05/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-12/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fato comprovado. Autuado diz na peça impugnatória que irá recolher o valor relativo aos débitos correspondentes aos meses de outubro a dezembro de 2004. Quanto às parcelas relativas aos meses de janeiro a setembro de 2004 foram impugnadas sob o argumento de extinção do crédito tributário, por homologação tácita do lançamento pelo transcurso do prazo de 05 anos. Não acolhido o argumento defensivo, por não ter ocorrido a decadência argüida. Infração subsistente. 2. REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM O DEVIDO RETORNO. Diligência para que o autuado apresentasse os documentos de retorno não foi atendida, apesar de intimado. Infração subsistente. Não acolhida argüição de decadência por extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento. Rejeitada a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0410-01/08) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/10/09, para exigir o ICMS no valor de R\$ 497.616,22, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 496.162,78, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte recolheu o ICMS relativo a Prestação de Serviço de Comunicação com alíquota de 25%, quando o correto seria a alíquota de 27%. Consta ainda que o contribuinte infringiu o inciso II do art. 51-A c/c alínea "I" do inciso II do art. 51, do RICMS/BA e a Portaria 133/02, com seu anexo único, inciso II, alínea "I". Tudo conforme "Resumo de Valores com Alíquota de 25%" – Anexo 1; "Demonstrativo dos Itens do Registro 77 com dos Itens do Registro 60R com Alíquota de 25%" - Anexo 4, que fazem parte do Auto de Infração e cujas cópias foram entregues ao contribuinte;

2. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.453,44, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte efetuou remessa de bens para conserto e não comprovou o seu retorno, caracterizando a desincorporação. Tudo apurado conforme Demonstrativo de Notas Fiscais sem Retorno – Exercício 2004 – Anexo 5, que faz parte do Auto de Infração, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Prolata a seguinte Decisão:

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 02(duas) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

No que concerne à infração 01 - Recolheu a menos o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, verifico que diz respeito à aplicação da alíquota de 25% quando o correto seria a alíquota de 27%, nas prestações de serviço de comunicação realizadas pelo contribuinte.

Observo que o impugnante diz relativamente aos débitos de ICMS apurados nos meses de outubro a dezembro de 2004, que os valores serão recolhidos.

Quanto aos demais períodos apontados no Auto de Infração, no caso, janeiro a setembro de 2004, noto que o impugnante alega que os débitos não podem ser exigidos, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento efetuado, e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, VII c/c artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

Cabe-me, portanto, apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera 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.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2004, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.

Assim, como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 19/03/2009, conforme Termo de Intimação e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 22/10/2009, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por conseqüência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

[...]

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por homologação tácita do lançamento e conseqüente decadência.

Assim, considerando que relativamente ao débito exigido nos demais meses apontados no Auto de Infração – janeiro a setembro de 2004 -, o impugnante apenas argüiu a decadência do direito de a Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, o que foi afastado conforme acima, a infração 01 é integralmente subsistente, haja vista que a exigência está em conformidade com a legislação do ICMS, pois alíquota aplicável às prestações de serviço de comunicação objeto da autuação é de 27% e não 25%, conforme praticado pelo contribuinte. Mantida a infração.

Quanto à infração 02, apesar de esta 1ª JFJ haver convertido o processo em diligência, a fim de que o autuado pudesse comprovar documentalmente a sua alegação de que os bens foram desincorporados com mais de 01 (um) ano de uso no estabelecimento, este ao responder a intimação, apresentou manifestação na qual consigna a impossibilidade de atendimento, contudo, reitera a ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública estadual.

No que diz respeito à decadência, vale para esta infração o mesmo que foi dito acima com relação à infração 01, ou seja, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2004, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, sendo o Auto de Infração lavrado em 22/10/2009.

Quanto à alegação de que a saída de bens para conserto não configurou operações de circulação de mercadorias, na medida em que a saída realizada do estabelecimento não teve por finalidade a transferência de titularidade dos bens, mas somente o seu trânsito físico, tendo sido destinados a reparos e consertos, o que não constitui alteração de sua propriedade, certamente, assistiria razão ao impugnante se comprovado o retorno dos bens, o que de fato não ocorreu, mesmo com a realização de diligência, conforme dito linhas acima.

Diante do exposto, considero a infração 02 integralmente subsistente.

No que concerne ao argumento defensivo de ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a defendente por infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., vejo que não assiste razão ao impugnante, haja vista que a sucessão por incorporação ocorreu em 31/12/2005, e os fatos geradores da infração ocorreram no exercício de 2004.

Ora, sabe-se que nos casos de sucessão o sucessor adquire os ativos e passivos do sucedido, valendo dizer que não há transferência de multa, haja vista que esta continua a integrar o passivo da empresa que é incorporada, portanto, adquirida pelo sucessor.

Convém nesse sentido reproduzir parcialmente lição do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho:

“Nas hipóteses ora versadas, em verdade, inexistente sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente, sob outra roupagem institucional. Portanto, a multa não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é:... b) incorporada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor” – um sob-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades incorporadas, naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas.” (Manual de Direito Tributário-2ª edição-pág. 388).

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, observo que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, abaixo reproduzido:

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*
- III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”*

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira Reis Advogados S/C, com endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

Por representante legal, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 334/351). Após transcrever as infrações e a base da Decisão prolatada pela 1ª JF, diz que, conforme plenamente havia anteriormente demonstrado, ocorreu a decadência ou homologação tácita da maior parte da exigência fiscal, relativamente às infrações 1 e 2, não podendo mais o fisco lançá-la nos termos do artigo 156, VII c/c artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

Afirma que interpretando, inicialmente, de forma conjunta, as disposições do art. 156, inciso VII e art. 150, §§ 1º e 4º, ambos do CTN têm-se que o pagamento antecipado acompanhado de sua posterior homologação é causa extintiva da obrigação tributária. Analisando mais detidamente os referidos artigos, afirma que “*com relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o contribuinte deve apresentar as declarações relativas à sua apuração ao Fisco e efetuar o recolhimento do valor correspondente. O Fisco terá, então, o prazo de 5 (cinco) anos contados do fato gerador para homologar o recolhimento efetuado e, na hipótese de não o fazer expressamente, a homologação se opera de forma tácita ao final do mencionado prazo (art. 156, VII c/c art. 150, §§ 1º e 4º do CTN). No caso de o Fisco discordar do lançamento realizado pelo contribuinte, terá o mesmo prazo de 5 (cinco) anos contados do fato gerador para constituir os valores que entender devidos, sob pena de decadência desse seu direito (art. 156, V c/c art. 150, § 4º do CTN)*”

E, prossegue, de acordo com o art. 129-A do Código Tributário da Bahia (Lei Estadual nº 3.956/81), cabe aos contribuintes a realização do ato de constituição dos débitos de ICMS, ficando tal atividade sujeita a posterior homologação pela autoridade administrativa competente, o que

realizou, ou seja, lançou o imposto nos períodos de apuração autuados e o recolheu, caracterizando, desta forma, a hipótese de pagamento antecipado sujeito à ulterior homologação pela autoridade administrativa competente. E, em se tratando de tributo sujeito ao denominado lançamento por homologação, cabe ao Fisco, no prazo de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador, adotar as providências necessárias à cobrança de eventuais diferenças que entender devidas e não recolhidas pelos contribuintes. Ultrapassado esse prazo, sem pronunciamento algum por parte do Fisco, não há mais que se falar em obrigação tributária e, portanto, em débito fiscal passível de ser exigido.

Passa, em seguida a tecer considerações a respeito das determinações do art. 107-B, do COTEB entendendo que o prazo lá estabelecido “*não pode ser validamente aplicado ao caso em tela, na medida em que extrapola os limites previstos pelo mencionado artigo 150, § 4º do CTN, com a indevida extensão do prazo máximo concedido à Fazenda Pública para realizar a homologação em comento*”. Neste momento, observa que, embora tal prazo possa ser alterado pelas legislações de cada ente tributante, deve respeitar o limite máximo estabelecido, qual seja: cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

Afirma que em complementação a esse raciocínio, o art. 146, inciso III, alínea ‘b’ da Constituição Federal, estabelece que “*cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (...) decadência*”. Afora que o “*atual CTN (Lei nº 5.172/66), conforme sedimentado entendimento jurisprudencial sobre a matéria, foi recepcionado pela Constituição Federal justamente como o veículo normativo que contém as normas gerais em matéria de legislação atualmente vigentes, de sorte que suas disposições não podem ser ignoradas pelas legislações locais*”. Por consequência, a legislação baiana, nem a de qualquer outro Estado, pode pretender ampliar o prazo decadencial. Trazendo ensinamentos de Alberto Xavier (*Prazos de decadência: âmbito de aplicação dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN*. RTFP 55/105, abr/04), enfatiza que a aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º decorre do fato do ICMS estar sujeito ao lançamento por homologação e, se a própria legislação baiana contém disposição expressa neste sentido, não há razões que sustentem outra forma de contagem de prazo.

Trazendo entendimentos sobre a matéria de Eurico Marcos Diniz de Santi e Hugo de Brito Machado (*Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 2ª ed., Max Limonad, 2001, p. 180 e *Curso de Direito Tributário*, 20ª ed., Malheiros, 2002, p. 188), observa que a decadência do direito do fisco constituir o suposto crédito tributário se dá com a Notificação do Lançamento Tributário, que não se confunde com o início do procedimento de fiscalização tendente a apurar a ocorrência do fato jurídico ou com a data da lavratura do Auto de Infração. Desta maneira, tendo ocorrido a ciência da autuação fiscal em 26/10/ 2009, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo aos supostos débitos de ICMS no período compreendido entre 1º de janeiro de 2004 a 30 de setembro de 2004, em virtude da decadência ou da homologação tácita destes, já que ultrapassado o prazo de cinco anos.

Menciona, ainda, que nas razões expressas no Acórdão recorrido foi transcrito trecho do voto proferido no acórdão CJF 0144-11/09, a fim de demonstrar não merecer acolhidas as razões suplicadas pela empresa. No entanto, as alegações que tinha formulado divergiam em muito daquelas expostas no voto, visto que na Decisão transcrita, o contribuinte pretendeu aplicar à exigência de ICMS o texto da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, que se aplica única e exclusivamente às contribuições previdenciárias. E esta situação, em qualquer momento foi mencionada pelo impugnante, não havendo razões para que a Decisão tomada pelo acórdão CJF 0144-11/09 seja observada no presente caso.

Com tais argumentos entende que o Auto de Infração deve ser cancelado.

Diz, ainda, que a despeito de ter informado, em sua defesa, que efetuará o recolhimento dos valores exigidos relativamente aos períodos de apuração de outubro a dezembro de 2004 e, posteriormente, em 22/01/2010, ter peticionado nos autos comprovando o recolhimento do montante de R\$29.226,95, tais valores foram desconsiderados pelos julgadores, uma vez que a

infração 01 foi integralmente subsistente, o que no seu entendimento afrontava as determinações do art. 156, I, do CTN. Assim, ainda que a extinção de parte dos débitos em virtude da decadência não seja reconhecida, admitido por hipótese, não há razões que justifiquem a subsistência da exigência no que tange aos valores já recolhidos.

Afirma, em seguida, que a saída de bens para conserto não implica operação de circulação de mercadorias que caracterize a incidência do imposto estadual, pois a sua configuração deve ser entendida em seu sentido jurídico e ter por finalidade de promover, mediante sucessivos contratos mercantis, a transferência de sua titularidade. Assim, prossegue, *“resta evidente que as operações de saída de bens para conserto não configuraram operações de circulação de mercadorias, na medida em que não tiveram por finalidade a transferência de titularidade dos bens, mas somente o seu trânsito físico, tendo sido destinados a reparos e consertos, o que não constitui alteração de sua propriedade. Portanto, em razão de a remessa de bens para conserto não implicar a transferência de sua titularidade, não há que se cogitar na incidência do ICMS sobre tais operações, de sorte que o acórdão recorrido merece ser prontamente reformado”*.

Com relação à ilegalidade da exigência da multa aplicada por supostas infrações praticadas pela Stemar Telecomunicações Ltda., quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida por BCP S/A, foi demonstrado que a incorporação ocorreu em 31/12/2005, ou seja, em momento posterior à totalidade dos fatos geradores autuados compreendidos entre janeiro e dezembro de 2004.

Invoca e transcreve o art. 132 do CTN, que trata da responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, para afirmar que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas, uma vez que estas necessariamente decorrem de ato ilícito, sendo cediço, nos termos do artigo 3º do mesmo Código, transcrito, que não se admite a exigência de tributo como sanção de ato ilícito. Assim, não há que se falar na exigência de multa contra suposta infração que não praticou, inclusive porque se trata de exigência de caráter sancionatório pessoal e subjetivo.

Ressalta que, de acordo com o acórdão ora recorrido, nos casos de sucessão, o sucessor adquire os ativos e passivos do sucedido e as multas integrariam o passivo da empresa sucedida. No entanto, entende que tal argumento não merece guarida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado apenas em 22/10/2009, de modo que, no momento da sucessão, não seria possível prever a autuação fiscal futura, que deságua na falta de sustentação de que as multas aplicadas ao recorrente estariam incorporadas ao passivo da empresa por ela sucedida. Para corroborar seu entendimento, invoca jurisprudência tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, citando e transcrevendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ocasião de julgamento unânime do Recurso de Apelação nº 9001001017, DJ 12/12/1991; do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento também unânime do Recurso de Apelação nº 538302, DJ 15/09/2004; do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no Acórdão 103-19683, Acórdão 101-93579, Acórdão 103-20948, Acórdão 103-20172, Acórdão 101-92734.

Afirma que deve ser cancelada a multa que está lhe sendo imposta, no que toca às infrações ocorridas até 31 de dezembro de 2005, praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., por estar flagrantemente inquinada por vício de ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o art. 3º e o art. 132 do CTN, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Em relação de ser observada a necessidade da proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida, diz que, ainda que seja ultrapassada a preliminar de ilegalidade da multa que está imposta por infração cometida pela Stemar Telecomunicações Ltda., caso prevaleça a exigência não poderiam ser exigidos valores decorrentes da aplicação de multa no percentual de 60% demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, da situação do contribuinte e de sua atividade, bem como, qualquer outro parâmetro razoável para balizar o

cálculo da penalidade. Ressalta que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, motivo pelo qual não pode ser utilizado para punir, conceito contrário às sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado e que servem para proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. No entanto, a penalidade no presente caso, além de aplicada sem nem ter ocorrido sequer fato ilícito, portanto, indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco.

Aduz que, em não havendo intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetiva punição mediante carga pecuniária elevadíssima. Deve imperar a proporcionalidade entre a suposta infração e a aplicação da multa correspondente. Neste sentido firma entendimento do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, arguindo a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa transcreve, dizendo que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade trata de caso semelhante ao discutido no presente feito em que se constata a tentativa de imposição de multas abusivas e revestidas de caráter confiscatório. Reproduz trecho do voto proferido pelo Ministro relator Ilmar Galvão, por ocasião de julgamento da ADIn 551-1.

Frisa que para afastar a natureza confiscatória das penalidades, a jurisprudência mais recente passou a fixar a multa no patamar máximo de 2%, transcrevendo texto nesse sentido e demonstrando a impertinência da multa aplicada no lançamento fiscal impugnado, devendo ser diminuída ao patamar máximo de 2%, uma vez que a multa de 60% configura exigência abusiva e confiscatória, a qual não respeita os limites impostos pela Constituição Federal.

Conclui a peça impugnatória requerendo que seja dado integral provimento à defesa, com o cancelamento dos supostos débitos de ICMS impugnados, uma vez que já se encontram definitivamente extintos em razão da homologação tácita do lançamento realizado e consequente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, inciso VII c/c artigo 150 do CTN.

Requer, ainda, que, caso assim não se entenda, seja dado provimento à defesa, a fim de que relativamente à infração 2, sejam cancelados os débitos de ICMS lançados, haja vista que tais operações não configuram fato gerador do ICMS, bem como sejam afastadas todas as multas aplicadas, uma vez que se referem a supostas infrações praticadas pela empresa Stemar Telecomunicações Ltda.

Pede também que seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento).

Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira Reis Advogados S/C, com endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA.

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 sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.”* (fls. 352/355).

A Procuradora, Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé apresenta o seguinte opinativo conclusivo a respeito da arguição de decadência apresentada pelo recorrente (fls. 359/361): *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 2004 teve início em primeiro de janeiro de 2005. Contando-se cinco anos de primeiro de janeiro de 2005, vemos que a autuação que foi lavrada em 22.10.2009, com ciência do sujeito passivo em 26.10.2009, ocorreu dentro do prazo legal, devendo ser afastada a ocorrência de decadência.

E, a respeito das outras matérias apresentadas no Recurso interposto, ressalta que em relação à inconstitucionalidade da multa, a este Colegiado está vedada a sua apreciação, conforme dispõe o art. 167, do RPAF/BA. Além do mais, frisa que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito, de confiscatório não alcança as multas, já que eles possuem natureza diversa do tributo, ou seja, são autênticas sanções impostas ao contribuinte com função nitidamente educativa.

A respeito da ilegalidade da multa aplicada contra a defendente Claro S.A. por infrações perpetradas pela Stemar Telecomunicações Ltda., não merece guarida, posto que a sucessão por incorporação ocorreu no exercício de 2005 e os fatos geradores são de 2004. Que na hipótese de sucessão entre empresas, o sucessor adquire o ativo e o passivo fiscal do sucedido, ou seja, a multa continua a integrar o passivo da empresa que é incorporada, na hipótese do crédito já estar devidamente formalizado na data da sucessão.

Ressaltando que o lançamento fiscal define com precisão os elementos essenciais d relação jurídico-tributária, observa que os argumentos relativos à extinção do crédito tributário em razão de pagamento não poderão ser acolhidos tendo em vista a falta de prova, nos autos, dos mesmos.

No que concerne à infração 02, observa que a JJF, para Decisão, converteu o PAF em diligência. Entretanto, não obteve êxito, já que a empresa alegou a impossibilidade do seu cumprimento. Em assim sendo, diante das determinações do art. 627, § 3º, do RICMS/BA, restava caracterizada a infração imputada ao recorrente.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Antes de adentrar nos argumentos esposados pelo recorrente, me pronuncio a respeito de duas colocações por ele expostas no seu Recurso Voluntário.

A primeira diz respeito à insurgência do recorrente quanto a descon sideração pela JJF do valor de R\$29.226,95 recolhido em relação à infração 1, antes de julgamento de 1ª Instância. Diz que tal procedimento afrontava as determinações do art. 156, I, do CTN.

Inicialmente, ressalto que a JJF não observou que em 30/12/2009 a empresa recolheu aos Cofres Públicos a quantia total de R\$29.226,95 e 365.336,84 - sem discriminar ser parte do valor principal, com acréscimos moratórios e multa (fls. 254/255 do PAF), apenas se reportando à afirmativa da empresa de que iria realizá-lo. No caso, deveria ter solicitado ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação das quantias recolhidas, pois sobre tais parcelas o crédito tributário encontra-se extinto nos termos do art. 156, I, do CTN. Entretanto, tal omissão não causou qualquer prejuízo ao recorrente, pois estes pagamentos já constam no processo, e nos controles desta Secretaria de Fazenda, conforme consulta feita por esta relatora no sistema SIGAT, além do fato de que não cabe a este CONSEF os procedimentos a serem realizados quanto à dedução dos valores pagos em relação ao montante exigido. Assim, tacitamente as determinações do art. 156, I, do CTN foram cumpridas, quando se deduz do montante exigido os valores pagos e como já realizados. E, neste momento ressalto que a lide em relação à infração 01 se estabeleceu em relação a decadência dos fatos geradores até outubro de 2004, a multa por sucessão e o que o recorrente designou por multa de cunho confiscatório. Desta forma, a infração 01, diante da posição que deve tomar este CONSEF, ou seja, apreciação da infração como um todo e não apenas pelos fatos geradores, com todos os argumentos apresentados pela empresa, não se

encontrava extinta, inclusive fazendo parte dos argumentos recursais, os fatos ocorridos após outubro de 2004.

Porém, para que dúvidas não mais subsistam, tal pedido de homologação dos valores recolhidos será solicitado ao final do presente voto.

A segunda, se refere ao pedido do patrono do recorrente de que todas as intimações sejam encaminhadas, exclusivamente, ao seu escritório de advocacia. Ressalto que, presentemente, a matéria em discussão se encontra em nível administrativo. E, em assim sendo, no foro administrativo não é obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide. O autuado tem endereço, seus sócios, igualmente. Portanto, as comunicações desta SEFAZ, conforme determinações do art. 108, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) poderão ser dirigidas a qualquer um. Entretanto, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa.

O contribuinte apresenta os mesmos argumentos inicialmente expostos. Diante deste fato, os analiso novamente.

Entre as sustentações do Recurso Voluntário interposto encontra-se aquela a respeito da decadência dos fatos geradores ocorridos até a data de 30/09/2004, já que a ciência do Auto de Infração se deu em 26/10/2009. A tese esposada pela empresa é que a regra a ser seguida encontra-se determinada no art. 150, § 4º, do CTN, a quem cabe, como lei complementar, dispor sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre a decadência.

Primeiramente, ressalto de que, 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. Os PAF's restaram sobrestados, inclusive o presente.

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 decadenciais porventura existentes e mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Neste momento, ressalto ser louvável o entendimento externado pelo recorrente de que a Súmula Vinculante nº 08 não se aplica ao ICMS, já que ela diz respeito tão-somente às contribuições previdenciárias. Entretanto, discordo de sua posição quando afirma que a JJF se equivocou ao apresentá-la no seu voto. Este fato demonstra o cuidado que tem este Colegiado em seguir todas as determinações emanadas da legislação posta e da jurisprudência dos tribunais superiores. Se acaso, o recorrente no seu pedido inicial não mencionou este fato, isto não significa que o julgador, para a sua interpretação e Decisão da matéria discutida, não possa fazê-lo.

Isto posto, 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 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 2004. Aqui, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/05 e encerra em 31/12/2010, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 22/10/2009 e o contribuinte notificado da fiscalização em 26/10/2009.

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

“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.

Em vista do exposto, os entendimentos externados pelo recorrente a respeito da contagem dos prazos decadenciais não podem ser acolhidos para desconstituir a ação fiscal até a data de 30/09/2004.

O recorrente também se insubordina contra as multas aplicadas no presente Auto de Infração, uma vez que somente incorporou a STEMAR Telecomunicações Ltda. em 31/12/2005, portanto em momento posterior à totalidade dos fatos geradores autuados. Afora que o Auto de Infração foi lavrado em 22/09/2009, ou seja, após a sucessão ocorrida, quando o oro recorrente não poderia prever os fatos em questão.

A sucessão, quer seja por incorporação, fusão e cisão, envolve operações societárias no sentido de que uma pessoa jurídica transfere a outra um conjunto de direitos e obrigações, ativos e passivos, de forma tal que, sem que haja solução de continuidade, uma pessoa jurídica prossiga uma atividade até então exercida pela outra.

Assim configurada, uma sucessão negocial implica transferência de responsabilidade de pagamento de tributos (lançados, em vias de lançamento ou a serem lançados), observados, evidentemente, aqueles alcançados pela decadência ou pela prescrição.

Neste sentido o Código Tributário Nacional (CTN), em seus artigos 129, 132 e 133 prevê as consequências jurídico-tributárias quando da sucessão entre empresas, conforme transcrevo.

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Por outra banda, o mesmo CTN estabelece, salvo disposição em contrário, que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No entanto, a doutrina e jurisprudência pátria encontram-se divididas no que concerne à transmissibilidade das multas à empresa sucedida. Filio-me, a corrente de que as multas moratórias ou punitivas integram o passivo da empresa sucedida.

E, nesta linha tem se posicionado o STJ, em diversas decisões, cujas ementas como exemplos abaixo transcrevo e esse tribunal tem a competência, atualmente, de interpretar a norma Federal, no caso o CTN.

RECURSO ESPECIAL Nº 923.012 - MG (2007/0031498-0)

Data do Julgamento: 09 de junho de 2010

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)

2. "(...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coelho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

RECURSO ESPECIAL Nº1085071/SP (2008/0187767-4)

Data do Julgamento: 21 de maio de 2009

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES DO SUCEDIDO. ARTIGO 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES.

1. Em interpretação ao disposto no art. 133 do CTN, o STJ tem entendido que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às multas impostas ao sucedido, sejam de natureza moratória ou punitiva, pois integram o patrimônio jurídico-material da sociedade empresarial sucedida.

2. “Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. E devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento” (REsp n. 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/3/2004).

3. Recurso especial provido

Desta forma e neste sentido, as decisões trazidas pelo recorrente do Tribunal Regional da 1ª Região e Decisões prolatadas pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda não podem encontrar guarida na questão em tela.

Por fim e de extrema importância: não foi o recorrente – CLARO S.A, que foi autuado, e sim a STEMAR Telecomunicações Ltda., uma vez que, até hoje, ela encontra-se inserida no CAD-ICMS desta Secretaria de Fazenda. Embora em processo de baixa de sua inscrição cadastral, ela não se incorporou, para o Estado da Bahia, à empresa sucessora, o que dar completo lastro legal do fisco autuá-la em 2009.

Em relação à infração 02, o recorrente afirma que a saída de bens para conserto não implica operação de circulação de mercadorias que caracterize a incidência do imposto estadual, pois a sua configuração deve ser entendida em seu sentido jurídico e ter por finalidade de promover, mediante sucessivos contratos mercantis, a transferência de sua titularidade. Portanto, em razão de a remessa de bens para conserto não implicar a transferência de sua titularidade, não há que se cogitar na incidência do ICMS sobre tais operações. Desta maneira, afirma que o acórdão recorrido merece ser reformado.

Primeiramente, aqui não se está a discutir que uma saída de um bem e/ou mercadoria para conserto é operação onde não existe transferência de titularidade, mas sim, que o seu retorno, dentro do prazo legal estabelecido não restou provado. Inclusive, nestas remessas existe a suspensão do imposto. Para melhor esclarecer o assunto, transcrevo as determinações do RICMS/BA:

Art. 627. É suspensa a incidência do ICMS nas remessas internas e interestaduais para conserto, restauração, recondicionamento, manutenção, revisão, lubrificação ou limpeza, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem (Conv. AE 15/74; Convs. ICM 1/75 e 35/82; Convs. ICMS 34/90 e 80/91):

I - de mercadorias;

II - de móveis, máquinas, equipamentos, utensílios, ferramentas e objetos de uso do contribuinte, bem como de suas partes e peças.

§ 1º Nas remessas de que trata este artigo, será emitida Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, tendo como natureza da operação “Remessa para conserto (ou...)”, com indicação da natureza do serviço, atribuindo-se às mercadorias o preço estipulado no inciso III do art. 56.

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

§ 4º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

§ 5º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

I - o recebimento em retorno real ou simbólico da mercadoria ou bem ao estabelecimento de origem;

II - a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, pelo estabelecimento de origem, estando ainda em poder do destinatário;

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

Assim, o que se exige é o imposto não recolhido ao Estado pela falta de comprovação do retorno das mercadorias e/ou bens que saíram para conserto. A JJF ainda buscou esta informação junto à empresa autuada que afirmou ser impossível fornecer.

Diante da situação, o argumento do recorrente não tem o condão de desconstituir a infração, nem tampouco a Decisão prolatada pela JJF.

Por fim, quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas nas infrações indicadas na presente autuação, ressalto que é vedado a este CONSEF a competência de sua discussão, ao teor do art. 167, do RPAF/BA. No mais, elas estão previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96. E informo que entendendo o recorrente que na específica situação existe motivação para reduzi-la ou mesmo cancelá-la, deve o pedido ser dirigido à Câmara Superior deste Colegiado em obediência ao art. 169, § 1º, do RPAF/BA.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo em sua inteireza a Decisão recorrida. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores efetivamente pagos pela empresa autuada.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à preliminar de decadência)

Trata-se de duas infrações de cobrança de ICMS em relação a fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2004 (infração 1) e nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2004 (infração 2).

O recorrente arguiu na sua peça recursal a decadência dos créditos tributários lançados de ofício para fatos geradores ocorridos até a data de 30/09/2004, haja vista que a lavratura da autuação ocorreu em 22/10/2009 e a ciência do Auto de Infração se deu em 26/10/2009. A tese recursal é que a regra a ser seguida encontra-se estabelecida claramente no art. 150, § 4º, do CTN, a quem cabe, como lei complementar, dispor sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre a decadência.

No que tange a esta arguição, me permito divergir do voto da ilustre Conselheira Relatora Mônica Roters, para acolher a tese do recorrente. Entendo que todo o ICMS e suas cominações cobrados nas duas infrações, cujos fatos geradores vão até 30/09/2004, foram abarcados pelo instituto da DECADÊNCIA, sendo indevida esta cobrança ao recorrente, pelos motivos que passo a expor.

Em consonância com outros votos de minha lavra sobre esta matéria, entendo que a decadência, de fato, se configura no caso em apreço, pois, decorreram-se mais de 05 anos entre a data da lavratura do lançamento de ofício ocorrida em 22/10/2009 e as datas dos fatos geradores ocorridos até 30/09/2004.

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 estão atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente 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.

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 incontestado 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.

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 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 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. 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 05 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, da lavra do relator, 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 nº 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 pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para declarar a DECADÊNCIA do lançamento de ofício do ICMS, em relação a ambas as infrações, **cujos fatos geradores ocorreram até 30/09/2004, pois decorreram mais de 05 anos em relação a data da lavratura da autuação, que se deu em 22/10/2009 e a data da ciência da autuação, que se deu em 26/10/2009.** Afora a retro exposta divergência, alinho-me com os demais

posicionamentos consignados no voto da ilustre Conselheira Relatora em relação ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente, e por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0007/09-6, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$497.616,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

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, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

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

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS