

PROCESSO - A. I. Nº 117808.0003/077
RECORRENTE - SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0009-05/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 29/05/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/12

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO AMPARADAS PELO DIFERIMENTO. UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que os produtos classificados na NCM sob os códigos 4911.10.10, 7415.33.00, 8517.50.10, 8310.00.00 e 8507.80.80 não estavam incluídos, à época dos fatos geradores, na norma que dispunha sobre o benefício fiscal do diferimento. Comprovado que, além dos códigos NCM 9009.99.10 e 9009.99.90 possuem as mesmas características e funcionalidades aos códigos 9009.90.10 e 9009.90.90 e que constam na Portaria nº 895/99, os primeiros foram convalidados pela Portaria nº 814/05. Refeitos os cálculos do lançamento. Reduzido o débito. Não acolhida a decadência suscitada de ofício. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0009-05/10) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$ 1.375.165,36 em razão da falta de recolhimento do imposto devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, referentes a produtos que estão fora do Anexo Único da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário.

Após diversas manifestações das partes envolvidas na lide, de diligências orientadoras à SAT/DITRI, de diligência à ASTEC/CONSEF, a 5ª JJF, rejeitando o argumento de nulidade apresentado pelo impugnante e do seu pedido para que os autos fossem encaminhados à PGE/PROFIS, toma a seguinte Decisão:

[..]

No mérito, está sendo exigido ICMS sob a acusação de que o estabelecimento autuado realizou importações tributadas, referentes a produtos que estão fora do anexo unico da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais, não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. Em decorrência da irregularidade apontada, os autuantes verificaram que durante o exercício de 2002, os produtos constantes no demonstrativo nº 01, tiveram suas importações desoneradas do ICMS, através das Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira (documentos anexos), com a informação que eles faziam parte da Portaria nº 895/99, o que não aceitam como verdade e efetuaram o presente lançamento, com relação aos produtos de NCMS n.ºs. NCMS: 90099910; 49111010; 90099990; 48191000; 74153300; 85175010; 83100000; 85078000.

Inconformado com a autuação, o contribuinte, na peça defensiva destaca que por ser beneficiado com incentivos fiscais estaduais, o Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, garante-lhe o regime de diferimento para o lançamento e o pagamento de ICMS, relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças, destinados à fabricação de produtos de informática, que se encontram relacionados em Portaria expedida pela

Secretaria da Fazenda da Bahia, Portaria nº 895/99, a qual, no momento da fiscalização, já se encontrava revogada e substituída pela Portaria nº 101, de 2 de março de 2005, e suas respectivas alterações, ou seja as Portarias de nº 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07.

Argumenta ainda que, nos termos do artigo 4º da mesma Portaria nº 101/05, artigos 3º das Portarias 575/05 e 814/05, artigo 2º da Portaria nº 218/06, artigo 3º da Portaria 352/06 e artigo 2º da Portaria 478/07, todos os atos relativos à concessão do tratamento tributário previsto no Decreto nº 4316/95, realizados em caráter precário antes da vigência dos referidos normativos, foram por elas convalidados. Entende que a conduta adotada está acobertada pela retroatividade da lei tributária, art. 106, I, CTN, que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Os autuantes, no decorrer da instrução do presente processo administrativo fiscal, salientam, em suas várias manifestações, que solicitaram durante a ação fiscal, o pronunciamento da Diretoria de Tributação, DITRI, no sentido de que fosse esclarecido se os produtos em questão estariam amparados com o benefício fiscal da desoneração do ICMS nas importações, sob a égide do Decreto nº 4.316/95, bem como se haveria autorização de inclusão, destes novos produtos, nos termos do art. 2º da Portaria nº 895, diz que “a inclusão de novos produtos, partes, peças e componentes no anexo a esta portaria ocorrerá após a análise e aprovação do pleito junto a Secretaria de Indústria e Comércio”, que após a sua apreciação é encaminhado à SEFAZ para análise e Parecer, no que obtiveram a resposta negativa. Em consequência, efetuaram o lançamento.

De fato, após ter sido efetuada diligência, requerida pela 4ª JJF, no sentido de que a empresa apresentasse os Atos Precários, consoante exigência da Portaria 101/2005, no que não foi atendido, também foi solicitado que os autuantes esclarecessem quais são os produtos referentes à NCM 90099910, 90099990, cuja descrição encontra-se em branco no demonstrativo nº 01, fls. 05 a 07, tendo sido obtida a seguinte resposta: (fls. 349 a 353 do PAF)

- NCM 9009.99.10 – cilindros recob. Mat. Semicondut, p/apars.fotoc. fls. 201 e 202 do PAF.

Descrição detalhada da mercadoria: cilindro

- NCM 9009.99.90 – outs. Partes e acess. p/apars.fotocopia

Descrição detalhada da mercadoria: cartucho de tonner para máquina fotocopadora, conforme fls. 194 e 195 deste PAF.

Esclarecem os autuantes, que no demonstrativo nº 01, Importações, fls. 5 a 7 deste PAF, encontram-se em branco a descrição do produto de códigos acima citados, porque utilizaram para esta planilha informações do sistema Siscomex, alimentado pela Receita Federal, ao qual, o governo do Estado da Bahia tem acesso através de convênio, e estes NCM citados não estão discriminados.

Em decorrência do resultado da diligência, o sujeito passivo ao ser cientificado da informação fiscal, manifestou-se fls. 356 a 359 do PAF, e reafirmou que as classificações fiscais estão desoneradas do recolhimento do ICMS, albergadas pela Portaria nº 895/99, sendo certo que seu reconhecimento imediato apenas não foi possível dado a uma falha na redação dos dígitos de cada uma das classificações, ou seja, houve uma discrepância apenas e tão somente no teor da Portaria com relação a um dos dígitos do código NCM adotado.

Neste sentido, e para dirimir a questão provocado pelo contribuinte, nova diligência foi efetuada à DITRI, com o intuito de confirmar a identidade entre as descrições dos produtos classificados na TIPI sob NCM nº 9009.99.10 e 9009.99.90 e na redação original da Portaria 895/99, sob o código nº 9009.90.10 e 9009.90.90, ou sejam se os mesmos já se encontravam albergados pela Portaria em comento, muito antes do impugnante promover sua importação e com relação às demais NCMs abrangidas pela autuação, foi solicitado a confirmação da existência ou não dos referidos Termos de Autorização em caráter precário.

Em nova manifestação, a Diretoria de Tributação, DITRI, por meio da auditora fiscal Sra. Cristiane de Sena Cova, informou que : (fls. 368/369)

1 – No tocante à correspondência entre as descrições dos produtos classificados na NCM sob os códigos 9009.99.10 e 9009.99.90, com aquelas constantes na Portaria 895/99, e relativas aos códigos 9009.90.10 e 9009.90.90, entendem que, com base nas notas técnicas abaixo transcritas, as descrições mencionadas podem ser consideradas correspondentes, visto que referem-se a produtos com as mesmas características e funcionalidades, a saber:

Tecwin: Histórico

- 9009.99.10 – Cilindros recobertos de matéria semicondutora fotoelétrica de selênio ou suas ligas, para os aparelhos da subposição 9009.12;

- 9009.99.90 – Outros;

- “Ex” 001 – Aparelho de iluminação de originais para fotocopidora, composta de lâmpada halógena, sensor de intensidade luminosa e chassi de cópia para fotocopidora.
- “ex” 002 – Grampeador automático de cópia para fotocopidora.
- “Ex” 003 – Pannel de controle para fotocopadoras com displays mímico de cristal líquido.

Portaria nº 895/99:

9009.90.10 – Cilindro recob.selênio para aparelhos fotocópia, reproduz. Indir.

9009.90.90 – Partes e acess. p/outros aparelhos de fotocópia/termocópia.

Quanto à existência de pedidos protocolados pela empresa autuada, relativos à liberação em caráter precário, incidente sobre a importação de bens, NCM 4911.10.10, 4819.10.00, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, informa que não foram encontrados, no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos relativos a esta matéria e que tenham sido protocolados pela empresa no exercício de 2002, ou que se refiram às operações de importação efetuadas nesse ano. Ressalta que os códigos 4819.10.00 e 8507.80.00 constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, o que dispensaria a obrigatoriedade de solicitação de liberação precária quando da sua importação.

Diante de todo o exposto, e de todos os esclarecimentos trazidos ao PAF, nos quais foram preservados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, passo, na qualidade de Relatora, a analisar as razões da empresa, as informações fiscais, os Pareceres emanados pela DITRI, e a fundamentação legal da autuação, como segue:

Sob o aspecto material a interpretação das normas que estabelecem benefícios fiscais (regras de suspensão, exclusão do crédito tributário e de outorga de isenção), nos termos do art. 111 do CTN, Lei. 5.172/66, deve seguir a literalidade do texto. Exclui-se a possibilidade de interpretação extensiva e analógica, devendo o intérprete ter como referência o quanto contido no texto da norma. Nesse sentido se o benefício era condicionado a inserção do produto na tabela anexa à norma instituidora, este requisito há de ser observado sob o prisma da taxatividade. Só se encontra beneficiado o produto expressamente listado pelo legislador.

A posterior inclusão do produto, em norma de edição superveniente aos fatos geradores, há de ser considerado quando há possibilidade de retroação dos seus efeitos jurídicos. Em regra, as normas são editadas para produzir efeitos futuros, ou seja, para regular fatos que ocorrerão após a sua vigência. A retroatividade é exceção, aplicável, por exemplo, nas situações em que incidem normas apenadoras, cujas regras sempre produzem efeitos retro-operantes quando a norma posterior é mais benéfica que a anterior e desde que o caso não se encontre definitivamente julgado. É o que prescreve o art. 106, inc. II, letras “a”, “b” e “c” do CTN. O legislador também previu a possibilidade de retroação da norma “expressamente interpretativa (art. 106, I). A dicção “expressamente” revela que este tipo de norma, para produzir os efeitos retro-operantes, deverá indicar em seu corpo ou texto que a finalidade da sua edição foi para regular situação controversa que demandava esclarecimento pelo legislador, fazendo aí (o legislador originário) o papel da intérprete autêntica da norma por ele editada.

Ressalte-se que o uso da norma “meramente interpretativa” é criticada pela maior parte da doutrina, pois passaria o legislador usurpar função que a CF conferiu ao Poder Judiciário, de fazer a aplicação da lei no casos concretos controvertidos, e às instâncias administrativas de julgamento (sem o caráter de definitividade) que também possuem a prerrogativa de fazer a interpretação da norma diante de um caso concreto controvertido.

Portanto, à exceção das situações acima apresentadas, ou seja, 1) de expressa menção pelo legislador do efeito retroativo da norma editada, obedecidos os limites fixados na lei maior e no CTN (a exemplo dos princípios da anterioridade e anualidade, por exemplo), 2) as normas apenadoras mais benéficas e 3) as normas meramente interpretativas (situação excepcional), não há qualquer possibilidade de retroação normativa no âmbito do direito tributário.

Diante do exposto não vislumbro possibilidade de se acolher a tese defensiva esboçada na manifestação acostadas às fls. 221 a 225, pois a mesma não se reveste de juridicidade frente ao direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras: a Portaria nº 859/99 não contemplava em seu texto os produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, que só passaram a ter o tratamento previsto no Decreto nº 4.316/95, a partir da edição da Portaria nº 101, de 2 de março de 2005 e suas respectivas alterações.

Sob o aspecto formal a Portaria nº 895/99 e as que foram posteriormente editadas, estabeleceram expressamente que a inclusão de novos produtos, peças partes e componentes, deveria ser precedida de um procedimento administrativo, junto à Secretaria da Indústria e Comércio da Bahia, para posterior análise e, se fosse o caso, aprovação, conforme comando inserido em seu art. 2º (Portaria nº 895/99). Logo, o procedimento administrativo para enquadramento dos produtos objeto da autuação não fora adotado pelo sujeito passivo. Acrescente-se que as manifestações trazidas pela DITRI em suas intervenções nos autos indicam expressamente que a empresa autuada não diligenciou nesse sentido, sendo a inclusão posterior dos códigos 90099910 e

90099990 ato unilateral do poder público, não havendo assim possibilidade de ratificação ou homologação dos mesmos se não fora provocada pela parte interessada.

A alegação de correspondência ou similaridade dos produtos referentes ao códigos NCMs 90099910 e 90099990, contida na manifestação da DITRI acostada às fls.368/369, não nos parece suficiente para produzir os efeitos pretendidos pelo autuado. Isto porque a manifestação da DITRI não foi taxativa, havendo apenas a menção de que, pela leitura das respectivas nomenclaturas “poderia” se chegar a uma conclusão de total correspondência das mercadorias, tendo em vista possuírem as mesmas características e funcionalidades. Entendo que o Parecer em referência se revela inócuo para a solução da lide. Primeiro porque o mesmo não se encontra revestido de uma conclusão que espanque qualquer dúvida. Segundo, em virtude do mesmo não se encontrar fundamentado em nenhum dado técnico, se revelando como uma mera opinião, sem qualquer base probatória, seja de natureza documental, pericial ou qualquer outra fonte equivalente.

O Sistema Harmonizado possui regras de interpretação, e para a correta identificação de um código é preciso que façamos uso da NESH (Notas Explicativas do SH), que traz a designação e codificação das mercadorias.

Portanto para identificar a classificação de um determinado produto, além de conhecer a relação dos códigos da NCM, detalhados na TEC (Resolução Camex nº 43/2006) e na TIPI (Decreto 6.006/2006) ainda é necessário conhecer a NESH (IN RFB nº 807/2008). Esta seara pertence ao órgão Federal, que entendo legítimo para dirimir dúvidas quanto às classificações fiscais do Sistema Harmonizado/NCM.

Ademais, se revela desprovido de sentido que somente após 3 anos, tenha sido identificado uma provável correspondência dos produtos, quando todos nós sabemos que na área de tecnologia da informática, nesse intervalo de tempo novas tecnologias são incorporadas à produção industrial, assumindo novas características e conseqüentemente nova codificação pelo legislador federal. Ademais correspondência ou similaridade não significa identidade. Sob o prisma semântico correspondência equivale, segundo o “Aurélio” à relação de conformidade, correlação. Por exemplo, há correspondência entre beleza e simpatia, elas se complementam como atributos de uma pessoa, porém, esses dois atributos são distintos. Também sob o ponto de vista semântico similaridade significa algo que tem a mesma natureza, a mesma função, o mesmo efeito ou a mesma aparência, sem apresentar todavia identidade.

De todo o conteúdo dos autos, percebo que a empresa autuada precisa demonstrar cabalmente, inclusive por meio de um laudo Técnico emanado pela instância federal, que ateste a similaridade ou a correspondência dos produtos autuados com os produtos que já constavam na Portaria 895/99, para que possivelmente obtenha sucesso do seu pedido na esfera administrativa.

Outrossim, cabe salientar que no procedimento de liberação de entrada de mercadoria estrangeira é emitida uma Guia para Liberação de Mercadorias Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, sempre de caráter provisório, sujeita à posterior homologação pelo fisco estadual, em função da urgência na liberação das mercadorias nos aeroportos e portos brasileiros, em função do tipo de produto e do alto custo de armazenagem. (Conv. ICMS 132/98).

Em vista do exposto entendo que produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, objeto da autuação, não se encontravam albergados pelos benefícios do Dec. 4316/95, à época dos fatos geradores, portanto legítima a exigência fiscal no tocante a estes produtos.

Contudo devem ser excluídos da exigência fiscal os produtos sob o código NCM nº 481910.00 e 8507.80.00, pois constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, e estão amparados com o regime de diferimento do ICMS nas importações. Quanto ao pedido do sujeito passivo de que os demais produtos autuados também estariam desonerados do pagamento do ICMS nas importações, não pode ser acolhido haja vista que não foram encontrados no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos referentes à liberação em caráter precário, incidente sobre a importação de bens, NCM 4911.10.10, 4819.10.00, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, no exercício de 2002, ou que se refiram às operações de importação efetuadas naquele ano.

Os produtos sob o código NCM 481910.00 e 8507.80.00, estão listados nos meses de junho/2002, no valor de R\$ 66,56 e no mes de setembro, no valor de R\$ 10.830,97.

Deste modo, o Auto de Infração fica parcialmente procedente no valor de R\$ 1.364.334,39, modificado os valores de ICMS referentes aos meses de junho e de setembro de 2002, sendo que no mes de junho o ICMS perfaz o total de R\$ 49.749,58 e no mes de setembro de R\$ 243.319,29. Contudo, saliento que no mes de junho de 2002, o demonstrativo de débito originário aponta o ICMS no valor de R\$ 48.816,14, mas no demonstrativo de débito o valor perfaz R\$ 49.816,14 (fl. 06), portanto existe uma diferença a favor do fisco, no valor de R\$ 1.000,00. Como o valor originariamente exigido é o limite a ser cobrado neste lançamento, correspondente ao fato gerador de junho de 2002, este permanece, sendo que em nova ação fiscal deve ser exigida a diferença de ICMS no montante de R\$ 933,44. Houve, portanto um erro material ao ser transportado o valor contido na planilha de fl. 06, para o demonstrativo de débito, referente ao mes de junho, mas no mes de setembro, o valor

exigido fica alterado para R\$ 243.319,29, conforme demonstrativo de débito abaixo, sendo que os demais meses contidos no demonstrativo de débito do Auto de Infração, permanecem inalterados:

<i>Data Ocorr</i>	<i>Data Venc</i>	<i>Base de calculo</i>	<i>Aliquota</i>	<i>ICMS</i>
30/06/2002	09/07/2002	287.153,76	17	48.816,14
30/09/2002	09/10/2002	1.431.289,90	17	243.319,29

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão acima transcrita, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 497/512). Após tecer breve histórico da autuação e da Decisão da JJF, observando nesta sua informação a existência de informações da própria DITRI acerca das NCM's apontadas no Auto de Infração, insurge-se contra a Decisão prolatada pela Instância de 1º Grau deste Colegiado, entendendo ser ela merecedora de reforma.

Transcrevendo as disposições do art. 1º, III, §§ 2º e 3º, art. 2º e art. 5º e 7º, do Decreto nº 4.316/95 acerca do diferimento do pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos comerciais desses setores, observa que o referido Decreto trouxe a possibilidade de empreendimentos industriais aproveitarem de benefícios fiscais relativamente ao ICMS devido nas importações, desde que preenchidos certos requisitos. E, dentre os produtos que fazem jus ao benefício do diferimento do ICMS estão os produtos de informática e de eletroeletrônico, objeto da presente lide.

Informa que para aproveitamento do benefício fiscal, conforme determinações legais, deve atender a dois requisitos: a) renovar anualmente sua habilitação concedida pela Secretaria da Fazenda e b) atingir um faturamento mínimo nas vendas de produtos fabricados na unidade industrial.

Afora tal situação, o Decreto reconheceu o benefício para projetos industriais instalados na Região Metropolitana de Salvador, desde que o valor do investimento total seja equivalente a, no mínimo, cem milhões de reais. Neste sentido, segundo Protocolo de Intenções firmado com o Governo do Estado, as empresas do Grupo Semp Toshiba constituíram uma unidade industrial, cujo investimento total superou o montante previsto no § 3º, do art. 1º do referido Decreto, o que lhe autorizou a usufruir dos seus benefícios fiscais, estando em dia com suas habilitações, as quais foram renovadas anualmente conforme entendimento da Secretaria da Fazenda, o que lançava por terra a afirmação dos fiscais autuantes de *“não encontraram nenhuma prova de acompanhamento dos benefícios concedidos pelo Governo do Estado da Bahia, à Semp Toshiba Informática Ltda., desde 1998, através do Projeto Probahia, até a presente data”*, afora de que as insinuações contra si vão contra todas as Habilitações, Regimes Especiais e Protocolos firmados tanto com a Secretária de Indústria e Comércio, quanto com a Secretaria da Fazenda Estadual e o Governo do Estado da Bahia, já que a empresa diante do disposto no art. 5º do Decreto nº 4316/95, *“cabe aos Secretários de Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração estabelecer as condições necessárias à utilização do benefício, bem como, a forma e condições de habilitação para os estabelecimentos industriais que pretendam adotar o tratamento tributário definido”*, condição a que se encontra inserida o recorrente.

Expressa seu inconformismo acerca do juízo de valor externado pelo autuante sobre sua conduta em relação à fruição do benefício fiscal concedido, afirmando: *“Assim, ao contrário do afirmado pela Fiscalização de que o recorrente vem tentando ludibriar o Estado da Bahia, esta sempre atendeu as condições e requisitos necessários ao enquadramento no Decreto nº 4.316/95, sendo transparente na apresentação das informações relativas ao seu faturamento anual, detalhando o faturamento de cada uma das empresas incluídas no empreendimento Semp Toshiba”*.

Em seguida, diz que, conforme amplamente demonstrou faz jus ao benefício, conforme entendimento dos órgãos locais responsáveis pela concessão e renovação de sua habilitação. Além do mais:

- 1- não há no decreto a obrigatoriedade da Portaria trazer a relação dos produtos, componentes, partes e peças alcançados pelo diferimento.
- 2- Não há na legislação do Estado qualquer norma que apresente qualquer dispositivo que trate da necessidade de se formalizar pedido de desoneração do ICMS nas importações das mercadorias. Tanto assim, nem no Auto de Infração, nem da própria Decisão indica tal previsão, apenas alegações de que este documento não foi apresentado pela empresa.

Portanto, ao cumprir os requisitos indicados na norma, já teria automaticamente o direito ao diferimento nas importações das mercadorias previstas no Decreto – produtos de informática e eletroeletrônico. E, como cabe aos Secretários de Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração estabelecerem os produtos que fazem jus ao diferimento e se eles deferiram todos os pedidos de habilitação da empresa para importar com diferimento, bem como seus Regimes Especiais de diferimento e creditamento, não há que falar em descumprimento da norma. Neste momento ressalta que, embora a fiscalização reconheça que as Portarias nºs 101/05, 575/05, 814/05 e 218/06 ao apresentarem as NCM's contidas no Auto de Infração, convalidaram os atos precários praticados antes de sua vigência, toda a sua fundamentação, e da Decisão recorrida, tem por base o fato de não terem sido localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário formulado (não mencionado nas Portarias), não havendo perquirição se os produtos importados com diferimento estavam ou não nas Portarias mencionadas, tampouco se estas convalidaram os atos praticados antes de sua vigência.

Passa em seguida, a discutir o que seja um ato jurídico de convalidação de atos praticados em caráter precário, para reafirmar que as citadas Portarias, ao preverem as NCM's contidas na autuação, convalidaram automaticamente todos os atos praticados antes de sua vigência.

Aborda a questão da similaridade pela funcionalidade e características, analisando o pedido feito pela JJF à SAT/DITRI e a resposta que este órgão de tributação deu. E, ressalta como “interessante” que os autos haviam sido diligenciados à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito excluísse do levantamento os produtos com a NCM 9009.99.10 e 9009.99.90; 4819.10.00 e 8507.80.00. No entanto, mesmo com tal procedimento, a Relatora do PAF manteve a autuação relativa a tais NCM's.

Indicando as regras gerais para a interpretação do Sistema Harmonizado objetivando a classificação das mercadorias em uma NCM e que na tabela vigente para o ano de 2002, para os produtos que descreveu somente havia os códigos NCM 9009.99.90 e 9009.99.10, que constavam descritos na Portaria nº 895, de 09/07/99, conforme indica, diz que os códigos 9009.90.10 e 9009.90.90 previstos na Portaria 895, de 1999 foram substituídos pelos códigos primeiro indicados. Ou seja, no ano de 2002, os códigos previstos na Portaria nº 895/99 não mais existiam e haviam sido substituídos pelos códigos NCM 9009.99.90 e 9009.99.10, os quais foram devidamente aplicados pela empresa que não mais poderia utilizar códigos NCM em suas importações que não estavam mais em vigor.

Concluindo, aborda sucintamente todos os pontos apresentados no seu Recurso Voluntário e solicita a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS (fls. 522/524) exara Parecer entendendo que o cerne da questão passa pela observação se à época dos fatos, os produtos sob os códigos 9009.99.90 e 9009.99.10 estavam incluídos na Portaria nº 895/99, se há a suposta correspondência entre os produtos desse código e os de nº 9009.90.10 e 9009.90.90 e se a expressa inclusão dos referidos produtos em 2005 seria suficiente para retroação dos seus efeitos.

Não contestando de que os códigos 9009.99.90 e 9009.99.10 não constavam da Portaria nº 895/99, somente passando a fazer parte do rol dos produtos beneficiados com o diferimento a partir da Portaria nº 814/2005, afirma que, em princípio, seria fácil concluir que o recorrente não fazia jus ao benefício fiscal do diferimento nas importações desses produtos. Porém, ao analisar os autos percebe a existência do reconhecimento pela SEFAZ, através Parecer Ditri, exarado no Processo

nº 246687/2007-9 (fls 368/369) da correspondência entre os produtos de código NCM 9009.99.90 e 9009.99.10 com os códigos NCM 9009.90.10 e 9009.90.90 que faziam parte da Portaria nº 895/99, o que levou a n. Procuradora que exarou o Parecer a discordar do entendimento manifestado pela Decisão de primeiro grau sobre o Parecer da DITRI. Entende que a leitura do Parecer revela uma afirmativa do órgão no sentido da correlação entre os produtos, não sendo vacilante nesse particular.

Além do mais, tais produtos foram expressamente incluídos no rol dos beneficiados com o diferimento, a partir da Portaria nº 814/2005, que previa a convalidação dos atos precários de desoneração (art. 30, da Portaria nº 101/2005), ou seja, os produtos autuados "são reconhecidamente similares aos já constantes da listagem dos produtos beneficiados pelo diferimento e ato posterior da SEFAZ os incluiu expressamente nessa condição".

Discorda, de igual forma, da Decisão recorrida quanto à retroação dos efeitos da norma em análise. Observa que a Portaria nº 101/2005 traz expressamente a previsão de retroação dos seus efeitos, estabelecendo que as importações anteriores de produtos ora incluídos no benefício fiscal serão convalidadas, se feitas em caráter precário, conforme determinações do seu ar. 3º, Parágrafo único, ou seja, "pelo ordenamento jurídico vigente é possível convalidar a importação de produtos que foram apenas posteriormente incluídos no rol dos beneficiados pelo diferimento". Diante deste argumento, diz que negar o direito ao benefício fiscal do diferimento pela ausência de solicitação do contribuinte a SEFAZ no momento do desembaraço não lhe parecia a melhor solução para o caso.

Continuando, diz que, embora tal procedimento esteja previsto na legislação, não se pode elevá-lo à condição de requisito essencial, quando diante de outros fatos se pode concluir que os produtos poderiam ser beneficiados com o diferimento, o que a levava a concluir que o contribuinte havia cumprido todos os demais requisitos legais para fruir do benefício fiscal do diferimento, elencados no Decreto nº 4.316/95, precisamente: que os produtos objeto da autuação correspondem aos produtos já constantes do rol dos beneficiados pelo diferimento à época da importação; que a legislação posterior os incluiu expressamente como beneficiários do diferimento; que a legislação vigente prevê expressamente a retroação dos seus efeitos, com a convalidação dos atos praticados a título precário.

Observando que o CONSEF em outras tantas oportunidades já relativizou as exigências formais da legislação, a exemplo das decisões sobre exportação, quando da ausência do comprovante de saída da mercadoria exigido pela lei, outros elementos idôneos os comprovavam, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

O procurador assistente da PGE/PROFIS acolhe integralmente o Parecer exarado pela nobre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa e encaminha os autos a este CONSEF para julgamento (fl. 525)

Pelo fato do período fiscalizado encontrar-se compreendido entre janeiro de 2002 a dezembro de 2002, o Auto de Infração ter sido lavrado em 27/12/2007, com ciência do autuado em 28/12/2007 e diante da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante 8, esta 2ª CJF decidiu encaminhar o presente processo ao Órgão Jurídico desta Secretaria de Fazenda para que fosse emitido Parecer específico sobre esta matéria (fl.528).

No seu Parecer (fls. 530/531) a nobre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa considerando que o i. Procurador Geral do Estado concluiu pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 08 do STF, reitera os termos dos Pareceres anteriormente emitidos.

Transcrevendo as determinações do art. 150, § 4º, do CTN, diz que é de cinco anos o prazo decadencial para a homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como é o ICMS. E que o marco inicial desse prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária. Porém, a legislação baiana, respaldada em autorização legal - parágrafo quarto do art.

150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar o prazo decadencial, como dispõe o art. 28, § 1º do COTEB.

Assim, a lei estadual, utilizando-se do permissivo legal (art 150, § 4º, do CTN), prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação, como o ICMS para o primeiro dia do exercício seguinte. Para embasar este entendimento traz palavras do Prof Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed Saraiva, 2000. páginas 425-426 e jurisprudência dos Tribunais Superiores, como exemplifica.

Em assim sendo, conclui ser a autuação correta, não se podendo falar em decadência dos fatos geradores de 2002.

VOTO

Embora preliminar não suscitada pelo recorrente, no Recurso Voluntário interposto, em relação à decadência de fatos geradores que determinaram a exigência do imposto ora em lide, por ser ela matéria de ordem pública, deve ser declarada, de ofício, a qualquer tempo.

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

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, diante do fato de que a proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida.

Diante desta situação, ora faço, afastando, desta maneira, toda questão relativa aos prazos decadenciais porventura existentes e mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso, deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A, bem como, aquelas determinações expressas no caput do art. 108-B do citado COTEB. O exercício é o de 2003. Aqui, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/03 e encerra em 31/12/08, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 27/12/2007, e o contribuinte notificado da fiscalização em 28/1/2007.

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

Isto posto, o lançamento fiscal trata da falta de recolhimento do imposto devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, referentes a produtos que estão fora do Anexo Único da Portaria nº 895 de 09/07/99, e para os quais não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. O período da ocorrência dos fatos se refere ao exercício de 2002, e os produtos autuados possuem os seguintes códigos NCM: 90099.10, 90099.90, 49110.10, 481910.00, 74153.00, 851750.10, 831000.00 e 850780.00.

A JJF, na sua Decisão, excluiu os produtos com códigos NCM nº 481910.00 e 8507.80.00, pois constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, e estão amparados com o regime de diferimento do ICMS nas importações.

Não aceitou as exclusões dos produtos com os códigos NCM's 4911.10.10, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, já que não foram encontrados no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos referentes à liberação em caráter precário incidente sobre a importação de tais produtos.

Por fim, a respeito dos produtos correspondentes aos códigos NCM's 9009.99.10 e 9009.99.90, a JJF entendeu que os mesmos não se encontravam albergados pelos benefícios do Dec. nº 4316/95, à época dos fatos geradores.

E esses foram os motivos da interposição do Recurso Voluntário.

Inicialmente, resalto não restarem dúvidas de que o recorrente encontrava-se albergado pelo Decreto nº 4316 de 19 de junho de 1995 a proceder ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de produtos de informática, de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletroeletrônicos, tudo conforme art. 1º do referido Decreto.

O que se discute é se os produtos acima indicados e que não foram aceitos pela JJF como albergados pelo Decreto estão ou não nele incluídos.

Entendo também, que, qualquer benefício fiscal deve ser interpretado literalmente, conforme comando do art. 111, do CTN, embora dependendo da situação posta, seja necessária verificar cada situação de *per si*.

O art. 5º do Decreto nº 4316/95 estabelece que os Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração, no âmbito de suas respectivas competências, estabelecerão conjunta ou isoladamente as condições necessárias à utilização do benefício, a relação dos produtos, componentes, partes e peças alcançados pelo benefício e a forma e condições de habilitação para

os estabelecimentos industriais e/ou comerciais que pretendam adotar o tratamento tributário ora em questão.

A Portaria nº 895/99, publicada no DOE de 10/07/99, com efeitos a partir de 10/07/99, relacionava os produtos, partes, peças e componentes que seriam alcançados pelo diferimento. Entre eles encontravam-se os seguintes produtos com as suas respectivas NCM:

- 9009.90.10 - Cilindro recob. selênio p/ aparelhos fotocópia, reprod. indir.
- 9009.90.90 - Partes e acess. p/ outros aparelhos de fotocópia/termocópia

Nesta esteira, os autuantes confirmaram que os produtos autuados foram cilindro recb mat semiconductor p/apars fotoc (fl. 202) e cartucho de tonner para máquina fotocopadora (fls. 194/195)

Também determinava a referida Portaria que :

Art. 1º O tratamento tributário de que cuida o Dec. nº 4.316, de 19 de junho de 1995, alcançará, exclusivamente, os produtos, partes, peças e componentes relacionados no Anexo Único a esta Portaria.

Parágrafo único. O benefício previsto no Decreto a que se refere o caput deste artigo fica condicionado a prévia habilitação para operar no regime de diferimento, junto à Superintendência de Administração Tributária."

Art. 2º A inclusão de novos produtos, partes, peças e componentes no Anexo a esta Portaria ocorrerá após análise e aprovação do pleito junto à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração.

Art. 3º Ficam convalidados os atos relacionados à concessão do tratamento tributário previsto no Dec. 4.316/95, praticados no período anterior ao termo inicial de vigência desta Portaria, correspondentes às operações realizadas com os produtos, partes, peças e componentes elencados no Anexo que com esta se publica.

A Portaria nº 101/05, publicada no DOE de 03/03/05, com efeitos na mesma data, revogou a Portaria nº 895/99 e entre os produtos, partes, peças e componentes que serão alcançados pelo diferimento, consta.

- 9009 - aparelhos e material dos tipos usados nos laboratórios fotográficos ou cinematográficos, não especificados nem compreendidos em outras posições do presente capítulo; negatoscópios; telas para projeção.

Nesta NCM nenhum desdobramento foi incluído.

Porém, essa Portaria, no seu art. 2º (inclusive suas posteriores alterações) determina que “*Em consonância com o disposto no Convênio ICMS 117/96 a ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado por esta Portaria em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos compreendidos em outras posições do presente capítulo*”.

O art. 3º da Portaria nº 814/05, publicada no DOE de 28/12/05, com efeitos a partir desta data, convalidou os atos praticados em caráter precário antes da vigência desta Portaria, relacionados à aplicação do tratamento tributário previsto no Decreto nº 4.316/95, correspondente às operações realizadas com os produtos, partes, peças e componentes, classificadas na NCM a seguir indicados: 3920.99.90; 2020.92.00; 7320.10.00; 7320.20.10; 8473.30.99; 9031.80.99; 8473.30.43; **9009.99.10 e 9009.99.90.**

Pela norma acima posta, vê-se que, embora a Portaria nº 895/10 e a de nº 101/05 não expressem os produtos com NCM 9009.99.10 e 9009.99.90, os atos praticados a título precário e a eles referentes foram convalidados pela Portaria nº 814/05 para o período fiscalizado.

Diante desta situação, o único motivo de impedimento para que o recorrente pudesse utilizar o benefício fiscal foi a falta de prova, embora instado a demonstrar, de não ter solicitado a liberação em caráter precário dos produtos em referência.

Afora tais colocações, o Parecer da DITRI constante das fls. 368/369, ao contrário do que entendeu a JJF, após analisar tecnicamente os códigos NCM 90009.99.10, 9009.99.90, 9009.90.10 e 9009.90.90, expressamente diz que suas descrições “*podem ser consideradas correspondentes, visto que referem-se a produtos com as mesmas características e funcionalidades*”.

Diante desta situação, indo pela posição do Parecer exarado pela SAT/DITRI, poderia nem haver a necessidade de solicitação de ato precário para incluir tais produtos no regime do diferimento, pois as NCM's são correspondentes àquelas indicadas na Portaria nº 895/99.

Se for seguido taxativamente, como fizeram as autuantes, as NCM's indicadas nas portarias citadas, o recorrente não poderia usufruir de tal benefício fiscal, já que a empresa não solicitou a liberação, à época, em caráter precário dos produtos em questão.

Neste quadro, entendo que o Parecer exarado pela nobre procuradora do Estado é o que mais se adéqua a situação. Embora não esquecendo a literalidade do art. 111, do CTN, no presente caso e diante de tudo o que foi provado, o fato de não ter solicitado, em caráter precário, a inclusão dos produtos com NCM's 9009.99.10 e 9009.99.90 não pode invalidar o direito legal que tinha, apenas pela falta de cumprimento de uma exigência formal que, inclusive, não causou qualquer prejuízo ao Erário, pois, a uma, o próprio Estado convalidou, posteriormente, o benefício fiscal e a duas, os produtos, através das NCM's 90009.99.10, 9009.99.90, 9009.90.10 e 9009.90.90 restaram demonstrados que possuem as mesmas características e funcionalidades.

Por tudo exposto, os produtos com NCM's 9009.99.10 e 9009.99.90 devem ser excluídos da autuação.

Resta a análise dos produtos com NCMS's 4911.10.10, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, observando que a NCM indicada no Acórdão da JJF como 8319.00.00 é, na realidade 8310.00.00 como resta provado à fl. 6 dos autos e que a NCM 8507.80.80 não consta no levantamento fiscal (fls. 5/7). O que lá consta é a NCM 8507.80.00 que foi excluída da infração pela JJF.

- NCM 4911.10.10 - acrescentado expressamente à Portaria nº 101/05 pela Portaria nº 575/05 com vigência a partir de 04/10/2005. A Portaria nº 101 somente indicava a NCM 4911. As demais Portarias que alteraram a Portaria nº 101 não convalidaram a utilização do diferimento às operações anteriores a esta data (Portarias nºs 575/05, 814/05, 353/06 e 478/07).
- NCM 7415.33.00 - a Portaria nº 101/95 o incluiu com o NCM 7415. Não houve qualquer convalidação, nos termos expressos na norma regulamentar, da utilização do diferimento às operações anteriores a esta data (Portarias nºs 575/05, 814/05, 353/06 e 478/07).
- NCM 8517.50.10 - incluído na Portaria nº 101, sem qualquer convalidação a operações anteriores, conforme já expresso no item anterior.
- NCM 8310.00.00 - incluído na Portaria nº 101, com o NCM 8310, sem qualquer convalidação a operações anteriores, conforme já expresso no item anterior.

Como se denota, ao contrário, dos códigos de operação com NCM 9009.99.10 e 9009.99.90, estes, em qualquer momento à época dos fatos geradores (exercício de 2002) estavam incluídos no benefício fiscal, não havendo, portanto, simples descumprimento de obrigação acessória pela não solicitação de sua convalidação, a título precário.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para exigir o ICMS no valor de R\$34.122,70, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO			
DATA	DI	NCM	ICMS
26/02/2002	20158844	4911.10.10	2.711,0
TOTAL FEV/02			2.711,06
09/05/2002	204142363	4911.10.10	2.990,66
TOTAL MAI/02			2.990,6
24/07/2002	206430269	4911.10.10	395,4
24/07/2002	206578720	49.111.010	6.369,22

TOTAL JUL/02			6.764,64
09/08/2002	207121863	7415.33.00	4.178,83
16/08/2002	207322583	4911.10.10	5.079,52
27/08/2002	207670042	8517.50.10	16,81
TOTAL AGO/02			9.275,16
19/09/2002	208277212	8507.80.00	10.830,97
12/09/2002	207967274	8310.00.00	1.550,21
TOTAL SET/02			12.381,18
TOTAL			34.122,70

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de Decadência)

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

Em consonância com outros votos de minha lavra sobre esta referida matéria, entendo que a decadência, de fato, se configura no caso em apreço, ou seja, decorreram-se mais de 05 anos entre a data da lavratura do lançamento de ofício, ou seja, 27/12/2007 e as datas da ocorrência dos fatos geradores, que vão de 26/02/2002 a 12/09/2002. Portanto, todo o período autuado está alcançado pela Decadência, por ter mais de cinco anos da data da lavratura da autuação acima citada.

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 08 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, 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 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 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, 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 de Fazenda, 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 quanto acima exposto, voto para julgar pela decadência do lançamento de ofício dos fatos geradores que têm mais de 5 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe. Nos demais termos do voto da ilustre Conselheira Relatora, alinho-me com o seu justo posicionamento exarado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência suscitada de ofício, com voto de qualidade do presidente, e por unanimidade quanto ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117808.0003/07-7**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.122,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REP. PGE/PROFISA