

PROCESSO - A. I. Nº 206858.0003/09-4
RECORRENTE - CIA. BRASILEIRA DE CHARUTOS DANNEMANN
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0150-02/10
ORIGEM - INFAZ CRUZ DA ALMAS
INTERNET - 29/06/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0134-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO FAZENDÁRIO. Restou comprovado que os adquirentes das mercadorias são pessoas físicas não inscritas no cadastro fazendário, e que as elevadas quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais caracterizam intuito comercial. Mantido o lançamento, pois os argumentos e provas trazidas na defesa não elidem a autuação. Indeferido o pedido de diligência. Afastada a preliminar de nulidade da Decisão recorrida. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto relator. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela total Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$16.905,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “e”, e VI, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 10/12/2009 decorre de quatro infrações, contudo, apenas as infrações 2 e 3, abaixo transcritas, são objeto do presente Recurso Voluntário, como segue:

***Infração 2** - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$9.083,52, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.10 a 57.*

***Infração 3** - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$ 7.628,93, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls.159 a 167.*

Da apreciação dos argumentos defensivos, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em Decisão unânime, decidiu pela total procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

“VOTO

Inicialmente, quanto a pretensão do autuado para realização de diligência/perícia contábil, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, porque já se encontram nos autos todos os documentos necessários que uma Decisão sobre a lide.

No mérito, verifico que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01 e 03 ...

(...)

Quanto às infrações 02 e 03, as acusações fiscais são idênticas, referindo a períodos diferentes (2004 e 2005), e dizem respeito a falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Apesar de a infração está assim descrita, a acusação fiscal concerne a operações realizadas por estabelecimento industrial para contribuintes não inscritos, através das notas fiscais relacionadas às fls. 10/11 e 59/62.

Portanto, de acordo com as fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls.12 a 57, e 63 a 167), as vendas foram realizadas a pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o que está comprovado pela inexistência do número da inscrição estadual, e do CNPJ nos citados documentos fiscais.

A legislação estabelece que é obrigação do contribuinte, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciar suas atividades (art.150 do RICMS/97), sendo considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação (art. 191 do RICMS-BA).

O artigo 142, inciso I, do citado Regulamento do ICMS, estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos fiscais e escrituração, é obrigação do contribuinte exigir do outro contribuinte nas operações que com ele realizar a exibição de Cartão de Inscrição ou do Documento de Informação Cadastral, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer do não recolhimento do imposto.

Já o artigo 353, I do RICMS/97, dispõe: “o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo á operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.”

Para caracterizar a condição de contribuinte do ICMS deve-se examinar se os adquirentes dos produtos vendidos pelo autuado se enquadram na condição de contribuinte desse imposto, conforme previsto no artigo 36 do RICMS/BA:

*“Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade **ou em volume que caracterize intuito comercial**, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.” (grifo nosso).*

Logo, a legislação do ICMS estabelece que a condição de contribuinte, também será determinada em função do volume das operações de circulação de mercadoria que caracterize intuito comercial.

No caso em tela, a autuante agiu corretamente, uma vez que os volumes comercializados nas notas fiscais objeto da autuação caracterizam o intuito comercial, e a exigência fiscal encontra amparado no art. 353, I, do RICMS/97.

Neste sentido, tem sido as decisões deste CONSEF, como exemplo, transcrevo a Ementa abaixo:

*“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 1081/01*

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos comprovam que o volume das mercadorias negociadas revela a intenção de revenda. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

O autuado visando impugnar o lançamento destes itens, alega que tratam-se de vendas a consumidores e que como forma de dar plena regularidade ao ingresso da receita em seu caixa e tributá-la corretamente, foi a de agrupar vendas por datas ou quantidades, em nome de um dos compradores e emitir Nota Fiscal Fatura série 1. Juntou às fls.208 a 431 demonstrativos e cópias de documentos contábeis.

Tomando como exemplo o demonstrativo do autuado à fl.209, verifico que o mesmo se refere às vendas realizadas no período de 16/01 a 31/01/2004, através das notas fiscais nº 523 e 525, esta última objeto da autuação, totalizando tais vendas o valor de R\$ 13.706,22.

Analizando as provas apresentadas na defesa, não vejo como acatar que o montante das vendas de R\$ 13.706,22 foi pago em cheques de diversos clientes no total de R\$ 1.350,00 mais valores em espécie (dólar R\$ 899,10; Euro R\$ 513,00; e Real R\$ 10.944,12), pois não há como se correlacionar as notas fiscais emitidas com os valores tidos como recebidos para comprovar a quitação das mesmas, haja vista que a nota fiscal nº 525 (fl.15) objeto da autuação, está em nome de Antônio Médices Macêdo Cruz, o qual, não figura da relação dos cheques recebidos, nem há como se afirmar que o pagamento ocorreu nas moedas especificadas.

Com relação a documentação contábil apresentada, os valores das notas fiscais encontram-se contabilizados no razão “Venda de Produtos”, porém não servem para comprovar o quanto alegado na defesa.

Portanto, não há nos autos prova material da relação entre os pagamentos alinhados pelo contribuinte nos demonstrativos apresentados alvo da autuação, ressaltando-se, inclusive, que existem adquirentes constantes nas notas fiscais que não figuram dos citados demonstrativos.

Do exposto se conclui que efetivamente o contribuinte não obedeceu ao previsto no artigo 237, do RICMS/97, que reza in verbis:

“Art. 237. Sem prejuízo do disposto no art. 238, nas vendas a consumidor pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS efetuadas por seção de venda a varejo anexa à seção fabril de estabelecimento industrial que tenha optado pela emissão de uma única Nota Fiscal no fim do dia, para fins da legislação do IPI, o contribuinte deverá:

I - emitir, em relação a cada operação, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, de subsérie distinta, que contenha os requisitos previstos e, especialmente, o valor total da operação;

II - emitir, ao final do dia, Nota Fiscal, uma para cada tipo de produto vendido, observada a legislação federal pertinente, que contenha os requisitos previstos e, especialmente:

- a) como natureza da operação, "Venda a Consumidor";*
- b) como destinatário, "Resumo de vendas diárias";*
- c) a discriminação do produto e sua quantidade total vendida no dia;*
- d) a classificação fiscal do produto, prevista na legislação do IPI;*
- e) o valor total do produto e o valor total da Nota;*
- f) a alíquota e o valor do ICMS;*
- g) a alíquota e o valor do IPI;*
- h) os números das Notas Fiscais de Venda a Consumidor a que se refere o inciso I.”*

Nestas circunstâncias, mantenho o lançamento dos itens em comento.

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

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 631 a 637, o contribuinte retorna aos autos, de início, requerendo a nulidade da Decisão, aduzindo que requereu a realização de diligência fiscal no sentido de dirimir a controvérsia entre o que registrou a fiscalização e o que consta nos seus livros. Diz que a negativa da Junta de Julgamento Fiscal quanto ao seu requerimento de diligência, fundada na falta de elementos que a justificasse, impediu a demonstração de não ter havido vendas para contribuintes não inscritos. Nesse sentido, diz que *“apesar da pseudo falha no registro fiscal das operações, o registro contábil é de plena validade para o exercício da fiscalização, não podendo ser desprezado pelo fisco”*. Conclui afirmando que seus registros contábeis são válidos e que apesar de demonstrarem não ter havido vendas para contribuintes não inscritos, a negativa da diligência requerida impôs a falta de análise de tais registros, impedindo a confirmação dos fatos. Cita Acórdão do *“1º Conselho de Contribuintes/8ª Câmara”*.

No mérito, afirma que a presunção fiscal de que parte das notas emitidas para consumidor final, devidamente lançadas e registradas, em verdade teriam como destinatário contribuintes não inscritos, é elidida pela escrita contábil do Contribuinte. Cita o art. 353, II, para afirmar que a norma diz claramente que *“as saídas de fumo e seus derivados, para não contribuintes ou contribuintes não inscritos, o contribuinte leva ao recolhimento do ICMS por substituição, as saídas para consumidor final, independentemente da quantidade e da frequência, não implicam na obrigação, como é o caso em voga”*.

Assevera que considerada a sua condição de indústria, não lhe é autorizada a emissão de Nota Fiscal modelo D-1, contudo, em se tratando de produção artesanal centenária, de *“caráter histórico no recôncavo bahiano”*, sua sede abriga um museu e um ponto de venda dos produtos (charutos e cigarrilhas). A considerar este fato, e a impossibilidade de emissão de Nota Fiscal D-1 e/ou ECF, diz que a solução sugerida pelo Fisco Estadual *“como forma de dar plena regularidade ao ingresso da receita em seu caixa e tributá-la corretamente, foi a de agrupar vendas por datas ou quantidades, em nome de um dos compradores e emitir Nota Fiscal Fatura série 1, como de fato foi feito, e nas diversas fiscalizações sofridas, nunca fora objeto de qualquer questionamento”*. Prossegue dizendo que, em face das suas limitações técnicas procedimentais, de total conhecimento do fisco, à época, não era possível a aplicação do disposto no art. 237 do RICMS/BA, mesmo porque, inexistia a figura do ECF para a atividade e não era

possível a emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor, por operação. Isto posto, aduz que a emissão da Nota fiscal e o correto recolhimento do ICMS, deu-se sob a égide do art. 238, § 2º do RICMS/BA.

Argumenta que a considerar que o Regulamento do ICMS aponta um direcionamento para a Escrita Fiscal e a boa relação entre fisco e o recorrente, melhor seria poder contar com orientação e tolerância do fisco, de modo a se obter “*formalização da sui generis operação do recorrente*”, que não causa qualquer prejuízo ao erário, conforme se pode constatar na sua escrita contábil e administrativa, tudo a demonstrar que todas as saídas objeto da autuação têm como destinatário consumidor final, não havendo, portanto, imposto por substituição nas operações glosadas.

Conclui dizendo e requerendo a declaração de improcedência da autuação, reiterando seu pedido de revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito, especificamente no que concerne a prova contábil das saídas diversas para consumidor final, englobadas em uma única nota, nos termos do ditame regulamentar. Pugna, também, pela dispensa da “*multa fixa*”.

Há nos autos, fl. 642, extrato do SIGAT dando conta de pagamento em espécie no valor de R\$306,04.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, fls. 645 a 647, diz que com base nos elementos carreados aos autos, não vislumbra qualquer motivação para a conversão do feito em diligência, apontando que com base no art. 147 do RPAF, os julgadores de piso entenderam que os elementos contidos nos autos eram suficientes para a formação de seu convencimento.

No mérito das infrações 2 e 3, assevera que o procedimento adotado pelo autuado não encontra guarida no ordenamento jurídico tributário estadual, sobretudo se considerado o artigo 237 do RICMS. Por outro lado, registra que o recorrente não comprovou a alegação de que a SEFAZ/Cruz das Almas teria sugerido o procedimento por ele adotado, e que motivou a autuação.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Incluído em pauta suplementar, o feito foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, fls. 649, com o fito de que, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8, atinente à decadência do crédito tributário, para que fosse emitido Parecer sobre a matéria em discussão, referentemente às operações ocorridas nos meses de janeiro a novembro de 2004, integrantes das infrações 2 e 4.

Em despacho firmado pelo eminente Procurador Geral do Estado, fls. 652, lê-se que “... *devem os processos então sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.*”, ou seja, devem os processos que envolvem decadência ser analisados sob os holofotes do COTEB.

Continua o ilustre Procurador Geral dizendo que “*Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, §5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre ..a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN*”.

Em Parecer conclusivo derredor da decadência, a PGE/PRIFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Lins da A. Sento-sé, fls. 653/654, diz que 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. Nesse sentido, entende a Parecerista que o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2004 teve início em primeiro de janeiro de 2005, ou seja, a considerar que a autuação foi lavrada em 10/12/2009, com ciência do sujeito passivo em 23.12.2009, deve ser afastada a ocorrência de decadência.

Ratifica os termos do Parecer colacionado às fls. 169/178, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Tratando inicialmente da preliminar suscitada pelo recorrente, verifico que o que se pretende é a nulidade da Decisão da instância de piso, em razão da negativa de realização de diligência fiscal que, segundo o recorrente teria o condão de dirimir a controvérsia entre o que registrou o fiscal autuante e o que consta nos seus livros.

De fato, a Junta de Julgamento Fiscal negou provimento ao pedido que fez o recorrente no sentido da realização da dita diligência, entretanto, a determinação de diligência por qualquer das instâncias de julgamento deste CONSEF devem obedecer aos ditames do no art. 147 do RPAF. Nesse sentido, e a rigor do disposto no referido dispositivo, pode o julgador negar provimento a pedido de diligência quando considerar suficientes os elementos para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável. Por isso mesmo, afasto a preliminar suscitada.

Ainda em sede de preliminar, há que ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas nos meses de janeiro e novembro de 2004, integrantes das infrações 2 e 4, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

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

Diz a Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF:

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

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

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

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

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...*deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN*”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de

alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas nos meses de janeiro e novembro de 2004, integrantes das infrações 02 e 04, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Vencido que fui quanto à questão da decadência dos lançamentos inclusos nas infrações 2 e 4, ultrapasso as preliminares para adentrar ao mérito.

As razões recursais não são capazes de elidir a acusação fiscal, visto que não são trazidos aos autos quaisquer argumentos ou elementos novos capazes de modificar o *decisum* de piso.

O recorrente, em suma síntese, não nega o cometimento das infrações das quais é acusado. Em verdade, justificando sua conduta, discorre sobre sua condição de indústria e da impossibilidade de emissão de nota fiscal D-1, mesmo tendo ponto de venda a varejo. Feitas tais considerações, afirma ser de conhecimento do fisco a sua conduta quanto à emissão de documentação fiscal a acobertar tais operações de vendas de charutos e cigarrilhas, qual seja a de emitir nota fiscal fatura série 1, em nome de um único comprador, acobertando várias operações, tudo com amparo no art. 238, § 2º do RICMS/BA.

Com base nos elementos trazidos aos autos, e no próprio reconhecimento do cometimento das infrações, vejo que o único elemento que poderia socorrer a tese recursal seria a apresentação do resultado da consulta que diz ter feito à SEFAZ, no sentido de lhe autorizar a proceder da forma como procedeu, o que efetivamente não foi feito. De outro modo, não há como aceitar a tese de combate do recorrente de que para dar forma de plena regularidade ao ingresso da receita em seu caixa e tributá-la corretamente, agrupou as vendas por datas ou quantidades, em nome de um dos compradores e emitiu Nota Fiscal Fatura série 1, até porque tal conduta não encontra respaldo ou autorização na norma de regência da matéria, tornando, pois, passível de autuação a conduta observada.

Friso que, em que pese o recorrente afirmar que as vendas por ela realizadas tinham consumidores finais como adquirentes, as notas fiscais jungidas aos autos demonstram, na indicação das quantidades, que as referidas operações tinham como destino a comercialização, não restando demonstrado nos fólios deste PAF o quanto assevera o recorrente.

Devo esclarecer, também, que o alegado fato de que o fisco nunca o havia notificado ou autuado em razão das infrações contidas no Auto de Infração em comento, mesmo tendo sido fiscalizada em outras oportunidades, não garante à recorrente o direito de proceder contrariando a legislação.

Concluindo, quanto ao pedido de diligência mais uma vez formulado pelo recorrente, declaro que os elementos trazidos aos autos são suficientes à formação do meu convencimento e, em assim sendo, a rigor do art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, indeferido o referido pedido.

Superada a preliminar de decadência, onde fui vencido no meu voto, no mérito, pelas razões acima expostas e alinhado ao Parecer da PGE/PROFIS, entendo que não há elementos nos autos a justificar a revisão do acórdão recorrido, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para manter a Decisão recorrida tal como prolatada.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Com todo respeito que tenho pelo voto prolatado pelo nobre Conselheiro, data venia, ousou discordar do mesmo quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide, para o período de janeiro e novembro de 2004, integrantes das infrações 02 e 04, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08, já que o lançamento fiscal ocorreu em 10/12/2009.

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.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/Profis, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências e mantenho 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. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo até novembro de 2004. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2005 e se encerra em 31/12/2009. O Auto de Infração foi lavrado em 10/12/2009.

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

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.

Diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada e no mérito, alinho-me a posição externada pelo nobre Conselheiro Relator do presente processo.

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 o 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 **206858.0003/09-4**, lavrado contra **CIA BRASILEIRA DE CHARUTOS DANNEMANN**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.834,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no total de **R\$71,23**, prevista no inciso VI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS