

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0011/07-7
RECORRENTE - METALMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0111-01/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0159-12/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou demonstrado no levantamento levado a efeito pelo autuante que o autuado recolheu a menos o imposto devido, por ter ultrapassado o limite de faixas. Infração subsistente. 2. NULIDADE. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração declarada Nula, de ofício, tendo em vista que a acusação está lastreada em dispositivo regularmente sem inclusão na Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias circularam e foram entregues aos destinatários, conforme carimbos dos Postos Fiscais do percurso, fato admitido pelo próprio contribuinte. Alegação de emissão de nota fiscal totalizadora, em substituição às notas fiscais canceladas não foi comprovada pelo autuado, pela ausência de qualquer registro vinculando as notas fiscais canceladas com a alegada nota fiscal totalizadora. Cancelamento das notas fiscais feito de forma irregular, pois, houve a concretização da operação, implicando em descumprimento de obrigação principal. Infração subsistente. 4. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar a infração decorrente de falta de recolhimento do ICMS retido sobre serviços de transportes efetuados por autônomos, imputada ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, resta demonstrada a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Decisão unânime. Afastada a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a **Nulidade** da infração 2. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão da 1ª JF que julgou pela Parcial Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$505.475,56,

acrescido das multas de 50 % e 70%, previstas no art. 42, incisos. I, “b”, item 3; III, da Lei nº 7.014/96.

O Auto lavrado contra o recorrente em 29/06/2007 decorre de 4 infrações, entretanto, em face do julgamento pela nulidade da infração 4, resta objeto do Recurso Voluntário a infração 3, abaixo transcrita:

***Infração 3** - Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, nos meses de fevereiro a abril, julho a dezembro de 2002, janeiro a junho de 2003, fevereiro, março, maio, junho, setembro, outubro e dezembro de 2004, janeiro a abril, julho, outubro a dezembro de 2005, janeiro a maio, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 193.458,48, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a diversas Notas Fiscais de sua emissão, que apesar de constarem como canceladas nos arquivos do contribuinte, não possuem as primeiras vias ou contém claras evidências de que circularam normalmente, tais como aposição de carimbos de Postos Fiscais, destaque do recibo constante do rodapé, dentre outras, constando, inclusive do Sistema CFAMT a grande maioria, não deixando dúvida quanto à circulação de referidos documentos, conforme Demonstrativos-Anexos I e III;*

Da apreciação dos argumentos defensivos trazidos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 1ª JF, à unanimidade, decidiu pela procedência em parte da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

“VOTO

(...)

Do exame das peças processuais, verifico que, relativamente à infração 01- Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia - o levantamento levado a efeito pelo autuante apurou a ultrapassagem dos limites de faixas de enquadramento referente a empresa de pequeno porte, tendo sido efetuado em conformidade com o RICMS/BA, haja vista que foram observadas as disposições dos artigos 384-A, II e 387-A, conforme demonstrativo de débito às fls. 13 a 17, onde se constata que foram observados os critérios e alíquotas aplicáveis.

Noto que o autuado não trouxe na impugnação apresentada qualquer argumento contra os números levantados, apenas alega que ficou impossibilitado de produzir a sua defesa, por não ter o autuante demonstrado com clareza onde reside a pretensa infração.

Certamente não lhe assiste razão, haja vista que, conforme dito acima, a infração está claramente identificada no demonstrativo elaborado pelo autuante onde se verifica que houve a ultrapassagem do limite de faixas nos períodos apontados na autuação, conforme demonstrativos às fls. 13 a 17. Mantida a infração.

No concerne à infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados-, a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Trata-se de presunção relativa passível de comprovação de sua improcedência pelo sujeito passivo.

No presente caso, o contribuinte realizou aquisições de mercadorias cujos pagamentos não foram contabilizados, conforme demonstrado nos autos, permitindo a presunção de que efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Observe que, por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº 7.357/98).

Verifico que o autuado neste item da autuação, também não traz elementos de provas hábeis capazes de elidir a autuação, apenas se limitando a questionar a alíquota aplicada e suscitando o direito de crédito, o que foi concedido pelo autuante no percentual de 8%, conforme dito acima. Registre-se que não apresentou o autuado, qualquer elemento de prova de existência de crédito fiscal em valor superior ao apurado na forma acima reportada. Mantida a infração.

No respeitante à infração 03-Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente-, observe que o autuado sustenta que

as diversas notas fiscais de saída de mercadorias foram emitidas, exclusivamente, para fazer acompanhar as mercadorias até os seus respectivos destinos, por se referirem as mesmas mercadorias acobertadas por outra nota fiscal maior, e que ao realizar a entrega, a nota fiscal emitida para esse fim é cancelada, indicando que não houve duas vendas para o mesmo cliente-destinatário.

De início, cumpre registrar que o procedimento adotado pelo autuado, é totalmente irregular, não encontrando qualquer amparo no Regulamento do ICMS-RICMS/BA.

O artigo 211 do RICMS/BA, assim estabelece:

“Art. 211. Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.”

Portanto, não poderia o contribuinte cancelar as notas fiscais que comprovadamente circularam e concretizaram a operação, conforme carimbos dos Postos Fiscais do percurso, fato admitido pelo próprio contribuinte.

A alegação defensiva de emissão de nota fiscal totalizadora, em substituição às notas fiscais canceladas não restou comprovada nos autos, pela ausência de qualquer registro nos documentos fiscais vinculando as notas fiscais canceladas com a nota fiscal totalizadora.

Noto que não se trata de “Venda para Entrega Futura”, tendo em vista que esta ocorre quando o faturamento antecede a entrega da mercadoria, sendo facultado ao contribuinte emitir nota fiscal com a indicação de que se destina a simples faturamento, não sendo permitido o destaque do ICMS, consoante o artigo 411 do RICMS/BA.

Em tais situações, quando da efetiva saída da mercadoria de forma global ou parcelada, o contribuinte emite nota fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos deve constar, o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal relativa ao simples faturamento(total).

Também no caso de mercadoria cuja unidade não possa ser transportada de uma só vez, desde que o ICMS deva incidir sobre o todo, se o preço de venda se estender para o todo, sem indicação do preço correspondente a cada peça ou parte, a Nota Fiscal total especificará o todo, com o lançamento do ICMS, quando for o caso, devendo constar que a remessa será feita em peças ou em partes; a cada remessa corresponderá nova Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, mencionando-se o número, a série e a data da Nota Fiscal total.

Portanto, nos procedimentos acima expostos, existe a necessidade de identificação do número, a série e a data da nota fiscal total e das notas fiscais de circulação respectivas, no intuito de estabelecer a correspondência entre as notas fiscais, permitindo a comprovação da operação.

Evidentemente que a operação realizada pelo contribuinte não se enquadra em qualquer das situações acima referidas, contudo, mesmo tendo procedido ao cancelamento de forma irregular, caso fosse possível estabelecer uma identificação entre as notas fiscais canceladas e as notas fiscais totais, provavelmente seria possível comprovar a alegação defensiva.

Assim é que, a 1ª JF, em busca da verdade material, converteu o processo em diligência em três oportunidades, a fim de que o autuado demonstrasse a vinculação das notas fiscais canceladas com as respectivas notas fiscais totais, contudo, isto não foi feito. A juntada de notas fiscais sem permitir qualquer correspondência entre elas, não pode elidir a autuação.

O registro feito pelo autuante no cumprimento da última diligência afasta qualquer dúvida sobre o não atendimento pelo contribuinte ao dizer que: “O autuado apenas fez a juntada de um comunicado, contendo em anexo, cópias de várias notas fiscais de sua emissão, não fazendo qualquer indicação das notas fiscais canceladas e substituídas, em relação às notas fiscais totalizadoras, tornando totalmente impossível estabelecer uma relação entre os mencionados documentos, pois, só o contribuinte tem conhecimento das operações da espécie, se é que existiram.”

Vejo que o autuado pede que seja encaminhado ofício aos Tribunais de Contas – por ser a maioria de suas vendas destinadas a órgãos públicos, mediante licitação-, no intuito de comprovar as vendas realizadas, o que certamente não pode ser feito, pela impossibilidade de identificação das vendas através das diversas notas fiscais canceladas e as alegadas notas fiscais totais.

Registro que o levantamento realizado se apresenta correto, haja vista que observou as disposições do artigo 408-P do RICMS/BA, por se tratar de infração de natureza grave, tendo sido concedido o crédito de 8%, e aplicada a alíquota de 17%. Infração mantida.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 789/791, de início, se insurge o recorrente afirmando que teve cerceado o seu direito de defesa na medida em que requereu que fosse expedido ofício ao Tribunal de Contas dos Municípios, a fim de “*se constatar que não*

houve duplicidade de vendas e de que houve emissão de notas fiscais em substituição a outras canceladas”, sem que seu pedido fosse deferido – aduz que a autoridade fiscal indeferiu o dito pedido, sem qualquer fundamentação plausível.

Fala da nulidade da infração, aduzindo que lhe foi imposta a obrigação de pagar imposto, sem a efetiva indicação do valor devido e *“descriminação das parcelas impagas”*.

No mérito, o recorrente, discorrendo derredor da relação jurídica com entes estatais, diz que se exige formalidade e solenidade que resultam na *“burocracia estatal”*, o que lhe impõe a obrigação de *“emitir tantas notas fiscais quantos forem as repartições do ente público que patrocinou a licitação”*, em razão da autonomia financeira das unidades de ensino. Elenca exemplos de procedimentos, quanto à emissão de notas fiscais, na adequação a editais de licitação.

Referindo-se à infração em discussão, assevera que as operações que deram azo à autuação derivam de *“reprodução de vendas consumadas e exauridas, sem implicar, obviamente, nova tributação”*, devendo, pois, que as notas fiscais substituídas fossem consideradas inexistentes.

Por derradeiro, diz que todas as vendas operadas por ela, recorrente, tiveram sua *“conformação aferida pelos competentes Tribunais de contas”*, razão pela qual entende necessária consulta àquele órgão, no sentido de que se verifique a veracidade das suas alegações.

Conclui pugnando pela nulidade da autuação em razão do cerceamento ao seu direito de defesa e pela falta de determinação do período correspondente à autuação e do *“quantum”* é devido ao fisco. No mérito, pugna pela improcedência.

O Parecer da PGE/PROFIS manifestado à fl. 810, a ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, entende injustificável a diligência requerida, dado que os Tribunais de Contas não podem responder a questionamento de tamanha amplitude. No mérito, informa que o recorrente não traz aos autos a prova da vinculação entre notas emitidas e canceladas, de modo a que restasse justificada a correção do seu procedimento.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, fls. 813, decidiram por converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer jurídico acerca da decadência, à luz da Súmula Vinculante nº 08.

Em despacho firmado pelo eminente Procurador Geral do Estado, fls. 817, 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 despacho à fl. 818, o preclaro procurador da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, diz comungar, sem reservas, com o Parecer exarado à fl. 810, opinando, portanto, pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

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 1ª JfF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Tratando inicialmente das preliminares suscitadas pelo recorrente, verifico que pretendem: a) a nulidade da infração 3, sob o fundamento de que lhe foi imposta a obrigação de pagar imposto, sem a efetiva indicação do valor devido e a “*discriminação das parcelas impagas*”; e b) 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 a acusação fiscal e as razões de defesa reiteradas sob forma de Recurso Voluntário.

Quanto à primeira nulidade suscitada pelo sujeito passivo, verifico que quanto à infração 3, não tem qualquer procedência. Vejo que tudo o quanto determina o art. 39 do RPAF/99, seus incisos e alíneas, resta atendido, sobretudo quanto à precisa indicação das infrações cometidas, com o devido respaldo e apontamento dos dispositivos legais infringidos. Nesta condição, não vislumbro a possibilidade de enquadramento em qualquer das possibilidades de nulidade do lançamento prescritas no art. 18 do mesmo diploma legal. Desse modo, quanto à infração 3, afastado a preliminar suscitada.

Quanto à segunda preliminar, vejo que, de fato, a Junta de Julgamento Fiscal negou provimento ao pedido que fez o recorrente no sentido da realização de diligência – que seria a expedição de ofício dirigido ao Tribunal de Contas dos Municípios, a fim de “*se constatar que não houve duplicidade de vendas e de que houve emissão de notas fiscais em substituição a outras canceladas*”. Quanto a esta questão, determinação de diligência por qualquer das instâncias de julgamento deste CONSEF, registro que deve obedecer aos ditames do 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, e entendendo que seria inócua a dita diligência, afastado 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 em período anterior a 29/06/2002, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

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 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”.

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 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (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 08, 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 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 29/06/2002, 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 anteriores a 29/06/2002, ultrapasso as preliminares para adentrar ao mérito.

Em suas razões recursais, o recorrente aduz, em apertada síntese, que as operações que deram azo à autuação derivam de “*reprodução de vendas consumadas e exauridas, sem implicar, obviamente, nova tributação*”, ou seja, que as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias e que motivaram a autuação apenas serviam para fazer chegar as ditas mercadorias aos seus destinatários e, quando concluída a operação de entrega, as referidas notas fiscais eram canceladas, pois, todas as operações eram acobertadas por uma única nota fiscal, naturalmente com um único destinatário.

Ainda que haja previsão legal para a conduta do recorrente, não vislumbro nas razões recursais qualquer elemento que tenha o condão de modificar a Decisão recorrida, explico. É que há na legislação permissivo legal a dar cunho de legalidade à conduta do sujeito passivo, ou seja, é possível a substituição de uma ou várias notas fiscais por uma outra, entretanto, faz-se necessária a observância do dispositivo normativo próprio, do rito apropriado para a dita substituição de documentos fiscais, bem como da indiscutível vinculação entre os documentos substituídos e substitutos.

Ocorre que, para o caso em tela, o que se observa é que não há nos autos quaisquer indícios, muito menos provas de que se concretizou a totalização das notas fiscais motivadoras do presente Auto de Infração, ou seja, não está demonstrado que as notas fiscais motivadoras da autuação tenham sido substituídas por uma nota “mãe”, nem mesmo se demonstra qualquer relação entre as mesmas, o que denota a razoabilidade da autuação, sobretudo porque não enfrentadas de modo efetivo.

De outra banda, resta flagrante o atentado ao que preceitua o art. 211 do RICMS/BA, que diz que não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria. A propósito deste dispositivo, convém registrar que as ditas notas fiscais acompanharam as mercadorias, quando se deu a circulação, tendo sido apostos carimbos pelos postos fiscais da Fazenda.

Ressalte-se que apesar dos esforços envidados pela instância “*a quo*”, na busca da verdade material e atendendo apelo do recorrente, foram realizadas, sem sucesso, três diligências com o intuito de que o ora recorrente fizesse juntar aos autos a prova da vinculação das notas fiscais canceladas com as respectivas notas fiscais totalizadoras.

Por tudo isso, vejo que as razões recursais não são capazes de elidir a acusação fiscal, sobretudo porque não foram trazidos aos autos quaisquer argumentos ou elementos novos capazes de modificar o *decisum* de piso.

Quanto ao reiterado pedido de diligência no sentido de que seja expedido ofício ao TCM para que o referido Tribunal declare que houve emissão de notas fiscais em substituição a outras canceladas, não havendo duplicidade de vendas, entendo que não deve ser atendido. Primeiro, acompanhando Parecer da douta PGE/PROFIS, não vejo como o TCM pode amiudar as

informações de maneira a respaldar os argumentos do recorrente; segundo, porque a simples vinculação das notas fiscais totalizadoras às notas fiscais que alicerçam o Auto de Infração já seriam suficientes para elidir a acusação fiscal. Por tudo isso, nego provimento ao pedido de diligência.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

Mesmo não sendo objeto de Recurso Voluntário, não posso deixar de tratar da infração 2, pois, vislumbro a nulidade do lançamento.

A infração 2 acusa o sujeito passivo de “*Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 21.094,85, acrescido da multa de 70%. Consta se referir a diversas Notas Fiscais/Faturas de aquisição de mercadorias ou matérias-primas, cujos pagamentos, inclusive das faturas, quando a prazo, não foram registrados/contabilizados na conta Caixa, conforme demonstrativos constantes dos Anexos II e IV*”, tudo com fundamento no art. 2º, § 3º, inciso V, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados. (revogado pela Alteração nº. 122 - Decreto nº. 11656, de 11/08/09, DOE de 12/08/09 - efeitos a partir de 12/08/09).

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;

Ocorre que o art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, norma hierarquicamente superior ao Regulamento referido acima - RICMS, estabelece que:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Muito bem. Das transcrições feitas acima, o que se depreende é que o regulamento do ICMS introduziu inovação ao ordenamento jurídico, regulando matéria não prevista em lei, ou seja, extrapolando as determinantes da sua natureza jurídica. O fato é que na medida em que o regulamento não se atém a regular apenas as matérias estabelecidas na Lei, o que se desnuda é o flagrante desrespeito ao que preceitua a Constituição Federal em seu art. 150, I, onde se lê que “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

Ora, ferido o art. 150, I, da Constituição Federal, feridos também os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, pois, não se admitirá a cobrança ou majoração de qualquer tributo sem que haja previsão em Lei, não cabendo, pois, a um Decreto tal atribuição de competência, dado que a este cabe regular e explicar o quanto disposto na Lei, devendo-lhe estrita conformidade.

Por tudo o quanto exposto, com fundamento no fato de que a infração 2 acusa o sujeito passivo de ilícito fiscal que não tem previsão na Lei, outra sorte não pode ter a dita infração senão a decretação, de ofício, da sua nulidade.

Concluindo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, decreto NULA a Infração 2.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Com todo o respeito que tenho pelas brilhantes decisões proferidas pelo n. Conselheiro Relator do presente processo, ousou discordar do seu entendimento em relação à preliminar de mérito apresentada e a respeito dos prazos decadenciais das ocorrências em período anterior a 29/06/2002, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

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 decadenciais 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 em período anterior a 29/06/2002. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2003 e se encerra em 31/12/2007. O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2007.

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, abarca 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.

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, de ofício, declarar **NULA** a infração 2, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0011/07-7**, lavrado contra **METALMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.,** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$484.380,71**, acrescido das multas de 50% sobre R\$290.922,23 e 70% sobre R\$193.458,48, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 14 de junho 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)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS