

PROCESSO - A. I. Nº 206930.0001/09-4
RECORRENTE - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0384-04/09
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0168-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. RETENÇÃO A MENOS. O lançamento foi efetuado utilizando regras previstas no Convênio ICMS 03/99. Restou comprovado que na apuração do imposto o contribuinte não aplicou o percentual da MVA prevista na mencionada norma. Infração subsistente. Indeferido o pedido de redução da multa por falta de amparo legal. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela total procedência o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$76.227,93, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 23/03/2009 decorre de uma única infração que acusa o sujeito passivo de haver procedido à retenção a menor do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Esclarecem os autuante que “*O contribuinte informou valores de ICMS a menor para a refinaria através dos Anexos III (docs.fls.130/193) para repasse ao Estado da Bahia, em virtude do preço de partida informado ser inferior ao praticado pela refinaria, conforme demonstrativos anexos (Docs. fls. 09/129), cuja cópia foi remetida ao contribuinte via AR.*”

Da análise dos argumentos de defesa trazidos aos autos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 4ª JJF, à unanimidade, decidiu pela total procedência do Auto de Infração, cujo voto transcrevo abaixo:

“VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte de ter feito a retenção e recolhimento a menos do ICMS devido por substituição, por força de Convênio ICMS.

Na defesa apresentada o autuado não questionou o valor do imposto apontado na autuação e sim que na apuração do valor exigido foi utilizada MVA que considera inadequada para a operação.

Com relação ao argumento defensivo de que a MVA utilizada pelo Estado da Bahia de 138,97% prevista na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 03/99, não atinge a mesma carga tributária prevista para as operações internas de 98,32%, observo que o ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, sendo que a Constituição Federal/1988, no seu art. 146, III, “a” determinou que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Já a LC 87/96 no seu art. 8º, II definiu que a base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.*

Por sua vez, com relação às operações com combustíveis e lubrificantes, o Convênio ICMS 03/99, do qual o Estado da Bahia é signatário, estabelece na sua Cláusula Terceira:

Cláusula Terceira: A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor final fixado por autoridade competente.

Parágrafo primeiro: Na falta de preço a que se refere o “caput”, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

*...
II – na hipótese que o sujeito passivo por substituição seja produtor nacional de combustíveis, em relação aos produtos indicados no Anexo II, os percentuais nele constantes.*

O Anexo II do Convênio ICMS 03/99 prevê MVA de 138,97% para operações interestaduais de combustíveis líquido derivado de petróleo.

Pelo exposto, seguindo os ditames legais da CF/88, a LC 87 em relação à constituição da base de cálculo, estabeleceu entre seus critérios a adoção da MVA no cálculo do ICMS substituto, e em relação às operações objeto da autuação o Convênio ICMS 03/99, determinou que nas operações com combustíveis líquidos derivado de petróleo deve ser adotada a MVA prevista no Anexo II para as operações internas e interestaduais, sendo que no demonstrativo elaborado pelos autuantes que foram juntados às fls. 9 a 129, foi adotada a MVA de 138,97%. Portanto foi correto o procedimento fiscal adotado pela fiscalização na apuração da base de cálculo, mesmo porque a administração pública, por meio de seus atos administrativos deve obedecer ao que determina a lei (atividade vinculada).

Ao contrário do que foi argumentado, de que a norma aplicada é inconstitucional e fere o princípio da isonomia, não foi indicada qualquer lei que tenha sido aplicada na apuração do crédito tributário ora exigido, que colida com a regra matriz constitucional. Na situação presente, o Convênio ICMS 03/99 adequa-se à LC 87/96, que por sua vez segue regras quanto à constituição da base de cálculo delegada pela CF/88.

Ressalto que se o contribuinte entende que o percentual de 138,97% indicado no Anexo II do Convenio ICMS 03/99 não corresponde à carga tributária equivalente à prevista para as operações internas, deveria solicitar a revisão deste percentual ao CONFAZ, que poderia alterar o mencionado percentual por meio de outro Convênio que corrigisse o ora estabelecido, ou questionar judicialmente a norma quanto a possibilidade de desrespeitar o princípio da isonomia. Ressalto que de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Saliento que conforme indicado no demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 201, as unidades da Federação estabelecem alíquotas diferentes nas operações internas com GLP (17%, 18%), bem como redução da base de cálculo de modo que a carga tributária se equipare a 12%, o que influencia no cálculo dos percentuais estabelecidos no Anexo II do Convênio ICMS 03/99 (operações internas e interestaduais). Uma vez aprovado em Convênio ICMS os percentuais das MVAs previstas para as operações internas e interestaduais, cabe aos contribuintes fazerem aplicação das MVAs estabelecidas nas operações internas e interestaduais praticadas, não podendo utilizar percentuais que lhe aprouver, sob pena de infringir a legislação do ICMS, fato que culminou na infração ora apontada.

Com relação às decisões trazidas ao processo do Conselho de Contribuintes, é certo que a autoridade administrativa pode examinar a inconstitucionalidade contida nas leis e rever os seus atos, entretanto, conforme apreciado anteriormente, na presente situação não foi indicada nenhuma lei que tenha sido aplicada no presente lançamento que pudesse ser configurada como inconstitucional.

Pelo exposto, conforme declarado pelo impugnante o ICMS-ST foi apurado com a MVA de “98,32% para operação de GLP proveniente do DF para o Estado da Bahia (fl. 202)”, concluo que não tendo o impugnante apurado e recolhido o ICMS na condição de contribuinte substituto, utilizando o percentual de 138,97% previsto no Anexo II do Convênio ICMS 03/99, o valor que foi pago é menor que o previsto na legislação do imposto e correto o valor exigido neste lançamento.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito e Demonstrativo de Débito (fl. 3 a 4), se atendida as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração, adequando-se a carga tributária a capacidade do contribuinte.

Rejeito o pedido de dispensa do pagamento das multas, pois a penalidade indicada tem previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42), e este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 e art. 169, § 1º tudo do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 237 a 252, o contribuinte retorna aos autos para trazer suas razões à análise da infração 1, como segue:

Primeiro, em preliminar de mérito, aduz que o Auto de Infração abrange o período de 01/01/2004 a 31/12/2007, e que parte dos valores da autuação referentes ao período de 01/01/2004 a 28/02/2004 estão alcançados pela decadência. Lembra que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, conforme disposto na LC nº 87/96. Cita e transcreve o art. 150 do Código Tributário Nacional, citando escritos do Prof. Paulo de Barros Carvalho, para dizer que “*o Fisco tem o prazo de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo, para conferir o procedimento adotado pelo contribuinte, findo esse prazo, ter-se-á a homologação tácita desse procedimento, com a consequente extinção do crédito tributário pela decadência*”. Transcreve Decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda derredor da matéria, assevera que “*... uma lei interna dessa Unidade Federativa dispor de forma diferente do que o faz uma Lei Complementar de âmbito Federal*”.

Pugna pelo reconhecimento da decadência dos créditos tributários constituídos em decorrência de fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2004 a 28/02/2004.

No mérito, aduz que o Auto de Infração, como lavrado, viola o princípio da isonomia, em razão das diferenças de valores obtidos de base de cálculo por consequência da aplicação dos percentuais das MVA's interno e interestadual de GLP – gás liquefeito de petróleo. Sugere que com base na Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, o relator de primo grau deixou patente que “*... a norma inconstitucional é o Convênio ICMS 86/2003, em seu anexo II, que alterou os percentuais para o cômputo das bases de cálculo do ICMS Baiano contidos no Convênio ICMS 03/1999*”.

Assevera que a instituição da MVA, nos patamares utilizados pela Bahia, 138,97%, impôs uma carga tributária superior àquela auferida pelos demais entes federativos. Exemplifica sua assertiva se valendo do caso do Paraná, cuja MVA interna é de 98,82%, e a interestadual é de 125,93%.

Entendendo que cabe a todos os poderes que compõem o Estado Democrático de Direito zelar pelo integral cumprimento e obediência à Constituição Federal, entende que no âmbito da legislação estadual, a declaração de inconstitucionalidade da norma que institui a MVA de 138,97%, deve ser feita pela autoridade administrativa, de maneira a que se preserve o princípio da isonomia e a própria Constituição Federal em seu art. 150, II. Ilustra sua assertiva com exemplos, para demonstrar que resta evidente a violação ao princípio da isonomia, porquanto a tributação de ICMS de GLP sobre operações interestaduais é maior do que a tributação de ICMS sobre operações internas.

Tratando do que entende como abusividade da multa aplicada e do princípio da proporcionalidade, diz que a multa de 60%, além de excessiva é confiscatória, na medida em que cria um ônus desproporcional aos atos praticados pelo recorrente e suas consequências. Discorre sobre o princípio da proporcionalidade, mencionando os artigos 1º e 3º, III, 145, §1º e 150, IV, da Magna Carta.

Aduz também que quando a atividade empreendida pelo contribuinte faltoso decorre de uma interpretação dúbia, sem objetivar a sonegação de tributos, a multa aplicada deve ser a menor possível, como tem decidido os tribunais. Cita *decisum* do Supremo Tribunal Federal e transcreve lição do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, para asseverar que a aplicação da multa deve guardar correlação lógica com o valor do imposto que está sendo exigido, vez que a multa tem caráter punitivo e não remuneratório do valor do imposto.

Entende desprovidos de correspondência jurisprudencial e doutrinária os fundamentos da Decisão da Junta pela manutenção da multa com base na premissa de que a proibição de multas com caráter confiscatório contida no art. 150 da Constituição Federal estaria dirigida unicamente ao legislador. Por ser inconstitucional, pugna pela anulação do débito imputado.

Por derradeiro, o recorrente reitera todos os termos da sua defesa, requerendo a declaração de insubsistência do Auto de Infração, em razão da incongruência entre a MVA interna e interestadual do GLP e dos demais produtos derivados de petróleo, reconhecendo-se também a inconstitucionalidade da multa, em razão do seu caráter confiscatório.

Em despacho firmado pelo eminente Procurador Geral do Estado, fls. 270, 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 colacionado às fls. 271/277, a PGE/PROFIS, por intermédio da ilustre procuradora Dra. Maria José R. Coelho Lins de A. Sento-Sé, referentemente às preliminares suscitadas, assevera primeiramente, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF, que as arguições de inconstitucionalidade não devem ser apreciadas, posto que, falece competência a este Egrégio órgão colegiado para apreciar tal matéria. Quanto à afirmativa do recorrente de que parte do Auto de Infração restaria alcançado pelo prazo decadencial, entende a insigne Procuradora que tal assertiva é destituída de qualquer lógica jurídica, por desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o disposto no art. 173, I, do mesmo "codex."

Discorre derredor do lançamento por homologação, para dizer que inexistindo pagamento ou existindo pagamento a menor, não há o que se homologar, aliás, nem se pode cogitar da figura do lançamento por homologação. Nesse diapasão, entende como única alternativa à cobrança válida do tributo para o Estado Fisco, a possibilidade do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V, do Código Tributário Nacional, cujo prazo decadencial arrima-se na regra geral do art. 173, I, do CTN.

Conclui dizendo 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, alcançando, pois, todas as ocorrências apontadas no Auto de Infração em apreço.

Diz que, da compulsão dos autos, verifica-se que tanto a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99.

Aduz que consta no lançamento demonstrativo de débito de caráter analítico, no qual o autuante não só detalhou as operações realizadas pelo recorrente como justificou através de documentos os valores apurados. Afirma, também, que o recorrente teve assegurado o exercício pleno do contraditório e do direito de defesa consagrado na Lei Maior.

Assevera que os elementos essenciais a qualquer lançamento tributário estão devidamente caracterizados nos autos e que a mercadoria objeto da ação fiscal está sujeita ao regime de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 03/99.

Referentemente ao Convênio ICMS 03/99, que disciplina as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, determina, conforme a cláusula terceira, que a Margem de Valor Agregado - MVA, aplicável para as operações interestaduais com GLP é de 138,97%. Lembra que o dito Convênio ICMS está em perfeita harmonia com a LC 87/96.

Quanto à multa aplicada ao lançamento tributário, diz que está em plena harmonia com os termos preconizados no art.42, II, alínea "e", da Lei nº 7.014/96. Consigna, também, que o pedido de desconstituição da multa aplicada, em decorrência do seu suposto efeito confiscatório, deverá ser afastado, em estrita obediência aos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Frisa que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo.

Opina 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 4ª JfJ deste CONSEF, acórdão JfJ 0384-04/09, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso Voluntário que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte procedido à retenção a menor do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O Auto de Infração foi lavrado em 23/03/2009 para exigir imposto incidente sobre as operações ocorridas entre fevereiro de 2004 a abril de 2007.

Ainda que não suscitada, de maneira objetiva, a nulidade do lançamento, por cautela, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

Por tudo isso, presentes os requisitos à lavratura do Auto de Infração que deram origem a este PAF, com fundamento na Lei do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96 – no Protocolo ICMS 03/99 e no RPAF/99, afasto as preliminares atinentes à nulidade do Auto de Infração, pois, não há enquadramento nas possibilidades do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 23/03/2009, considerando a manifestação da PGE/PROFIS, com despacho do insigne Procurador Geral, sobre a eventual decadência das operações acima referidas, me posiciono contrariamente ao posicionamento da douda PGE/PROFIS.

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 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 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, quicá 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 anteriormente a 23/03/2009, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançadas pela decadência. Assim sendo, acolho a preliminar de mérito suscitada pelo recorrente.

Vencido que fui quanto à decadência dos lançamentos anteriores a 23/03/2004, passo julgamento do mérito.

Do estudo do quanto trazido aos fólios deste PAF, vejo que razão não assiste ao recorrente. Primeiro, porque verifico que os autuantes adotaram, para efeito de cálculo da substituição tributária destinada ao Estado da Bahia, o valor unitário praticado pela Refinaria Landulfo Alves, em São Francisco do Conde, daí excluído o ICMS próprio, tudo conforme determina o Convênio ICMS 03/99 e Ato Cotepe nº 19/02. Noto também que o acréscimo da MVA se deu à razão de 138,97%, também em conformidade com acima referido Convênio ICMS 03/99. Frise-se que a própria LC 87/96, em seu art. 13, estabelece que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Nessa esteira, a Lei do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96 – também regula a matéria na mesma direção, tudo para determinar, em apertada síntese, que o ICMS é imposto que integra a sua própria base de cálculo.

Especificamente quanto à MVA convém reiterar que o percentual de 138,97% dado como MVA aplicável às operações interestaduais com GLP, tem previsão e determinação expressa na cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, que disciplina as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo. Nesse sentido é que a tese recursal falece de substância legal.

Ainda que não trazida a questão pelo recorrente, vejo que a alíquota utilizada pelos autuantes para o cálculo do imposto foi de 17%, entretanto, verifico, também, que foi aplicado à base de

cálculo redutor de 29,4117%, o que corresponde a cinco pontos percentuais, implicando, portanto, em última análise, na aplicação da alíquota de 12% como determina a Norma.

Pelo exposto, resta demonstrado que o procedimento adotado pelo fisco está correto, sem que se possa atribuir qualquer mácula ao lançamento ou à Decisão recorrida, motivo pelo qual entendo que não há elementos que possam promover a revisão do acórdão em discussão.

Tratando da multa aplicada à infração, em que pese entender que a legislação do Estado da Bahia aplica percentuais por demais elevados, devo dizer que, em sendo matéria tratada por Lei, não cabe a este julgador estabelecer parâmetros que contrariem a norma posta, o que, à revelia do meu juízo de valor a respeito da matéria, vejo que a aplicação da multa se mostra correta.

Aduz o recorrente quanto à questão de ordem constitucional. Quanto a elas, com fundamento no art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade. Por tudo isso, ficam mantidas as multas aplicadas.

Pelo exposto, restando clara a procedência da infração em comento, alinhado à Decisão de piso e, quanto ao mérito, também ao Parecer exarado pela PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão de primo grau.

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 23/03/2004, 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 23/03/2004. 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 23/09/2009.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto às preliminares de nulidade e ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206930.0001/09-4**, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.227,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, 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, 25 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