

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0014/08-0
RECORRENTE - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JJF nº 0308-05/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02/08/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0177-12/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que as intimações foram realizadas nos termos do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Decisão unânime. Não acolhidas as alegações de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação à Decisão da 5ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/2008, no qual aplicou multa, no valor histórico de R\$429.540,17, em razão do sujeito passivo ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Está consignado no corpo do ato preparatório do lançamento que *“os arquivos magnéticos em poder da SEFAZ não apresentam condições de fiscalização. Os exercícios de 2003 e 2004 até o mês de julho não apresentam registro 54 e no período de agosto a dezembro de 2004 também não apresentam registro 54 para transferências. Nos dois exercícios os campos Base de Cálculo de ICMS próprio e o valor do ICMS estão todos zerados. Para efeito da base de cálculo da multa de 1% foi utilizada a base de cálculo do ICMS por substituição tributária informada na GIA-ST, vez que os demais campos, Valor Total, Valor da Base de Cálculo do ICMS Próprio estão zerados. O contribuinte foi intimado por AR e mediante edital no Diário Oficial. Por AR foi enviada intimação e listagem de erros em mídia eletrônica (CD), devidamente autenticada para correção dos arquivos, conforme cópia anexa (da intimação e CD), para a matriz do estabelecimento. Por Diário Oficial foi solicitado comparecimento para retirar listagem de erros para correção, conforme cópia da publicação em anexo. Anexos também encontram-se cópia das GIA-ST referentes a janeiro de 2003 a setembro de 2004, a partir de quando não apresentou mais atividade de vendas”*.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

No tocante à preliminar, de mérito, que é de decadência e não de prescrição, cabem algumas considerações iniciais antes de apreciá-la, pois há uma notória confusão entre os dois institutos – absolutamente distintos -, tanto por parte do autuante quanto por parte do autuado.

Com relação à prescrição tributária, esta ocorre quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito (constituído, líquido, certo e exigível) no prazo de 05 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do mesmo. Tal fato ocorre com o trânsito em julgado administrativo. Ou seja, não se pode falar em prescrição quando a lide encontra-se em sede administrativa, mas tão somente em decadência.

Segundo o entendimento tradicional, a decadência é o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. A rigor, a decadência fulmina as pretensões constitutivas. A decadência tributária atinge o direito de lançar ou constituir o crédito.

Não se tem muito que tergiversar acerca da matéria concernente ao prazo decadencial no tocante ao ICMS, tendo-se em vista que este possui início no primeiro dia do exercício seguinte em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, inciso I do CTN) e da data do respectivo fato quando se puder determiná-la (art. 150, § 4º do CTN). Porém, é de bom alvitre ressaltar que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que no seu parágrafo 1º determina que a contagem se dá a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente no art. 90 do RICMS/BA. Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de decadência suscitada.

No mérito, verifico da análise dos elementos constitutivos dos autos, em especial dos documentos de fls. 08 a 11, que o contribuinte, ao contrário do que alega, foi regularmente intimado para corrigir os arquivos magnéticos, tendo inclusive sido observadas as exigências do parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Assim, não tendo cumprido as intimações regularmente efetuadas, mostra-se pertinente à multa aplicada, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, com a redução dada pela Lei nº 10.847/07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Todavia, considere-se ocorrida a infração 30 dias úteis a partir do vencimento do prazo da última intimação. No caso, 30 dias úteis a partir de 06/10/2008 nos termos da interpretação dada à Lei nº 10.847/07 pela orientação Técnica OG-GEAFI-F (SCOO3/2005).

Assim o vencimento da obrigação Tributária fica deslocado para o primeiro dia útil depois de contados 30 dias, a partir de 06/10/2008, ou seja, 18/11/2008.”.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário nos termos a seguir delineados.

Inicialmente esclareceu que está passando por um período de grande dificuldade econômica, razão pela qual distribuiu processo de Recuperação Judicial e, visando uma readequação econômica, decidiu acumular as operações apenas em Guarulhos, assim, todos os documentos necessários e importantes eram remetidos apenas para matriz. Não obstante, ressalta que sua defesa foi protocolizada em juízo com o devido comprimento do prazo legal de apresentação.

Arguiu preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista, que o Estado da Bahia esta cobrando supostos débitos de mais de 5 (cinco) anos, o que é um “*absurdo de caráter confiscatório*”. Constatou-se assim a decadência dos débitos, não havendo possibilidade de cogitar sua exigibilidade, sob pena de ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica, observando que o referido prazo decadencial é estabelecido por norma emanada de Lei Complementar, o que afasta qualquer caso que venha admitir que o legislador ordinário estabeleça lei para aumentar o prazo decadencial.

De acordo com a peça recursal, o recorrente ressaltou que a decadência é a extinção do direito por omissão do seu titular, e argumentou que os seus supostos créditos tributários encontram-se decaídos, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, de modo que os créditos tributários extinguiram-se nos moldes do art. 156, do Código tributário Nacional, ou seja, expirado o prazo de cinco anos contido no artigo 150, §4º do CTN.

Por fim, requereu o acolhimento da referida defesa, por entender decaídos os lançamentos com fato gerador até 31/07/2003, a anulação do respectivo Auto de Infração e nova abertura de prazo para regularizar as supostas pendências conforme disposto na legislação vigente.

Em seguida os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, os fatos geradores não foram atingidos pela decadência, nos termos da legislação vigente, com entendimento por uma parte da doutrina e de Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Tendo em vista a fundamentação supracitada, relatou que a atuação foi procedida corretamente, não se podendo falar em decadência dos fatos geradores de 2003, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência e mérito)

Compulsando os autos, verifico que o fulcro da questão está na arguição de decadência da multa incidente sobre créditos tributários ocorridos em janeiro a julho de 2003, nos termos consignados na peça recursal. A imputação fiscal refere-se à cobrança de multa de 1%, no valor histórico de R\$429.540,17, em razão do sujeito passivo ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas entre janeiro de 2003 a julho de 2004.

No que tange à preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, a mesma não merece prosperar, sob qualquer hipótese. É mister assinalar que não encontrei nos autos nada que pudesse comprometer a validade do procedimento fiscal. A imputação fiscal é devida e está exposta com clareza, fundamentada com demonstrativos e relatórios, bem como contendo os devidos dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não acusei qualquer violação a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido garantido ao recorrente o pleno direito à ampla defesa e ao contraditório.

O recorrente argui de que a autuação deve ser anulada, já que o Fisco Estadual “*pretende*” cobrar débitos de mais de 05 anos, o que, ao seu ver, é um absurdo de caráter confiscatório. Tal insurgência não enseja razão para a nulidade da autuação, pois deve se distinguir com clareza as figuras jurídicas de nulidade e decadência do direito ao crédito tributário.

O que se tem para discussão, em preliminar de mérito, trazida pelo recorrente na sua peça recursal é a decadência do direito da Fazenda Estadual para aplicar penalidade sobre fatos geradores anteriores a 16/12/2003, pois neste caso teríamos mais de 05 anos entre a data da lavratura da autuação e as datas dos fatos geradores.

Neste diapasão, entendo assistir razão ao recorrente. Inclusive, de ofício, retifico que os períodos de apuração atingidos pela decadência englobam ainda os meses de agosto a novembro de 2003. Assim sendo, a multa não pode incidir sobre créditos tributários apurados entre janeiro e novembro de 2003, conforme já susomencionado.

As razões deste meu entendimento já estão consignadas em inúmeros votos de minha lavra que tratam desta matéria ainda controversa no seio do CONSEF. Portanto, passo a tecer a seguir, mais uma vez, tais considerações que justificam o meu entendimento da questão em lide.

Antes de mais nada, reitero que se trata de matéria controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, traz à baila esta controvérsia e a busca de um novo entendimento sobre a matéria.

Compulsando a matéria em tela através de apurada pesquisa jurídica, chego ao entendimento que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores anteriores a 16 de dezembro de 2003 estão plenamente atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente o lançamento acima citado.

Por sua vez, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

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

Primeiramente, ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na

Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)

Diante deste inconteste e claro pronunciamento, resta claro e justo que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo. (grifo meu)

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo

decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna, ou seja, não pode ater-se a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da Decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, fica evidente que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, cumpre-me, antes de concluir o entendimento da inteligência da SV. 08, fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Reitero que merece acolhida a valiosa manifestação exarada pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acerca da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Ora, é de meridiana clareza que se há necessidade de alteração, significa que tal norma jurídica não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que

reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nessa seara, cumpre-me assinalar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, cinco anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como se sabe, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Antes de mais nada, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Em seguida, é salutar observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo

aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fica por demais evidenciado o entendimento consolidado do STJ:

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”

Em face desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo do quanto acima exposto, voto para acolher a DECADÊNCIA do lançamento de ofício cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe, ou seja, fica atingida pela decadência a multa incidente sobre os créditos tributários cujos fatos geradores estão entre 31/01/2003 e 30/11/2003.

Porém, nesta assentada de julgamento, a e. 2ª CJF entendeu, pelo voto da maioria dos i. Conselheiros, não acolher esta tese esposada no presente voto.

No mérito, entendo que não houve qualquer argumentação do recorrente, pois a peça recursal não avança nesta questão. Todavia, por uma questão de acuidade do julgamento, reitero que a imputação fiscal é devida.

Todavia, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória acho que o valor imputado poderia ser até cancelado com base no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, desde que o recorrente se propusesse a esclarecer as informações fiscais contidas no arquivo magnético, procedendo as correções necessárias, tendo sido regularmente intimado para tal.

Mas, ainda assim, considero que o valor da multa imputada é elevado para a questão em tela. Assim sendo, considerando que não restou caracterizada a ocorrência de dolo, má-fé ou simulação, nem prejuízo mensurado para o erário estadual, em benefício da dúvida me valho do

que preceitua o mesmo dispositivo legal supracitado, para, de ofício, reduzir em 50% o valor da multa lançada no Auto de Infração.

Por fim, por tudo quanto exposto e analisado, no mérito voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, e, de ofício, voto pela redução da multa nos termos acima já expostos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e mérito)

Este voto refere-se, preliminarmente, a arguição de decadência analisada nos autos deste processo.

A decadência foi alegada em relação a fatos geradores objeto do Auto de Infração objeto da lide, lavrado em 16/12/2008, mas apenas em relação a fatos do exercício de 2003, dentre outros aspectos sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, objeto da arguição de decadência, foram relativos a fatos geradores ocorridos no exercício de 2003 e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2009.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 16/12/2008.

Quanto ao argumento, apresentado em sessão de julgamento, acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“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:

(...)

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.”

Pelo exposto, com a máxima vênia discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator, compreendendo não se ter operado a decadência arguida.

Por outro lado, observo que os arquivos magnéticos foram solicitados pelo Fisco já no exercício de 2008, e embora se refira a dados fiscais do contribuinte relativos também ao exercício de 2003, na realidade, tal como já corretamente observado pela e. JJF, na realidade o descumprimento da obrigação acessória deu-se já no exercício de 2008, mesmo ano da lavratura do lançamento de ofício mediante Auto de Infração, quando o sujeito passivo não atendeu à Intimação para que apresentasse, ao Fisco, os mencionados arquivos magnéticos. Assim, seja qual for o ângulo pelo qual se analise a questão, não se concretiza a realidade de decadência quanto ao fato irregular constado. Voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da alegação de decadência.

No mérito, tal como já exposto no brilhante voto do ilustre Conselheiro Relator, está comprovado o descumprimento da obrigação acessória pelo sujeito passivo, e a previsão normativa já existente quando do cometimento desta infração.

Contudo, peço vênias para discordar do posicionamento externado pelo digno Relator acerca da redução da multa aplicada.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS. Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo. Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto teria sido regularmente recolhido ao erário. Tal comprovação não se encontra nos autos deste processo,

pelo que inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela Decisão de primeiro grau.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, ficando mantida a multa tal como lançada no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente quanto à preliminar de decadência e ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206833.0014/08-0**, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA.** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$429.540,17**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência e mérito)

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência e mérito)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS