

PROCESSO - A. I. N° 281240.0022/09-0
RECORRENTE - FLUXO SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA. (FLUXO PETRÓLEO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0422-04/09
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 22/08/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0221-12/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Retificados os cálculos quando do julgamento em primeiro, houve redução do montante a recolher. Excluída, em segundo grau, cobrança de diferença de alíquota em relação à aquisição de bem para uso exclusivo em informática, em razão de que a redução de base de cálculo nas operações internas (art. 87, V, RICMS/BA) resulta em diminuição da carga tributária e consequente inexistência de diferença de alíquota a recolher à Bahia. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 281240.0022/09-0, lavrado em 02/06/2009 para exigir ICMS no valor histórico de R\$6.248,23, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O Fisco acosta, às fls. 04 a 473 (volumes I e II), documentos que consistem em demonstrativos do levantamento fiscal realizado, Termos de Intimação e de Início de Fiscalização, cópias de notas fiscais, espelho de Relação de DAEs emitidas pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte INC/SEFAZ (fls. 10 a 15), cópias de livros fiscais (fls.16 a 43).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 478 a 481, em síntese dizendo ser improcedente o Auto de Infração, porque não teria deixado de recolher o ICMS devido em razão de diferença de alíquota; que os valores lançados no Auto de Infração estariam erradamente calculados; que teria apurado e lançado o imposto no seu livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Débito do Imposto”, item “Outros Débitos”; que acostava cópia do citado livro para demonstrar que os valores referentes ao diferencial de alíquota do período auditado teriam sido apurados e recolhidos de acordo com os artigos 132, 116, II, b, 4, e 93, § 11, II, b, todos do RICMS/BA. Afirma que teria havido equívoco do autuante porque teria sido atribuído a ele, contribuinte sob regime normal de apuração, procedimento aplicável a contribuintes em outro regime. Citou artigo 131 do RICMS/BA [constante no campo “Enquadramento” do Auto de Infração] aduzindo que tal dispositivo não se aplicaria aos contribuintes normais do imposto. Pediu o julgamento pela improcedência e arquivamento do Auto de Infração. Juntou cópias de livros fiscais às fls. 484 a 499.

O autuante prestou informação fiscal à folha 506 aduzindo ser necessário verificar se o contribuinte apurara, recolhera e escriturara o livro Controle de crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP para fixação do efetivo valor a ser recolhido, para ter o direito de se creditar à razão de 1/48 (um, quarenta e oito avos) por mês, a partir da data da entrada da mercadoria no estabelecimento, a título de diferencial de alíquota, afirmando que tal não fora o procedimento do sujeito passivo, porque o contribuinte não recolhera o ICMS referente ao diferencial de alíquota, e não escriturara a operação no livro próprio do ativo imobilizado.

O preposto do Fisco ressaltou que o prazo para recolhimento do ICMS/diferencial de alíquota é o mesmo previsto para recolhimento do imposto devido em função das operações próprias do estabelecimento, ou seja, até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores respectivos, e pediu o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0422-04/09, às fls. 509 a 511. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal imputa ao autuado deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa o autuado assevera que não deixou de recolher o ICMS de Diferença de Alíquota, uma vez que apurou e lançou os mesmos, no seu livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Débito do Imposto”, item “Outros Débitos”.

Entendo que o argumento do autuado deve ser acolhido parcialmente, uma vez que nas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS acostadas às folhas 484 a 499 comprovam que algumas notas fiscais objeto da autuação foram lançadas no referido livro fiscal, fato não observado pelo autuante durante a ação fiscal.

O procedimento do contribuinte ocorreu em consonância com as normas previstas nos arts. 132, 116, II, b, 4, e 93, § 11, II, b, todos do RICMS/BA, senão vejamos.

O artigo 132 do regulamento acima citado estabelece que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto incluirão o valor da diferença de alíquotas no cômputo dos débitos fiscais do período. No mesmo sentido, o art. 116, II, "b", 4 do mesmo instituto legal, determina que, no regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, entre eles, no Registro de Apuração do ICMS, especificando os débitos fiscais, inclusive o valor da diferença de alíquotas.

Determina, ainda, o regulamento acima citado, em seu art. 93, § 11º, inciso II, alínea “b”, item I, que nas entradas reais ou simbólicas de bens do ativo permanente ou bens de uso e materiais de consumo, entre outras, os documentos fiscais serão lançados, relativamente à diferença de alíquotas, no quadro “Débito do Imposto”, item “Outros Débitos”.

Portanto, o procedimento do contribuinte autuado foi embasado nas normas regulamentares relativas ao ICMS, quanto ao recolhimento do ICMS – Diferencial de Alíquota, motivo da autuação, não tendo pertinência a citação do autuante, quando da informação fiscal, em relação a utilização do crédito fiscal de 1/48, pois não foi objeto da autuação em lide.

Logo, devem ser excluídos da autuação os valores relativos às notas fiscais abaixo indicadas, que foram indevidamente relacionadas na planilha acostada pela fiscalização à folha 08 dos autos, uma vez que o contribuinte comprovou que foram lançadas na forma do RICMS/BA, conforme acima analisado:

MESES	NOTA FISCAL	VALOR EXCLUÍDO
mar/04	184.938	21,01
mar/04	204.204	21,02
SOMA 03/04		42,03
abr/04	222.092	113,52
abr/04	5.351	36,86
abr/04	560.173	17,05
SOMA 04/04		167,43
mai/04	232.108	21,02
mai/04	568.595	33,75
mai/04	294	45,55
SOMA 05/04		100,32
jun/04	5.647	20,07
SOMA 06/04		20,07
set/04	317.821	21,96
set/04	613.392	56,31

	<i>set/04</i>	1.001	40,00
<i>SOMA 09/04</i>			118,27
	<i>out/04</i>	619.513	102,19
	<i>out/04</i>	338.972	145,45
	<i>out/04</i>	623.598	80,10
	<i>out/04</i>	6.376	33,45
<i>SOMA 10/04</i>			361,19

Logo, ante as exclusões acima, o Auto de Infração restou parcialmente caracterizado, conforme segue:

DATA OCORR	VALOR AUTUADO	VALOR EXCLUÍDO	ICMS DEVIDO
31/3/2004	1.360,66	42,03	1.318,63
30/4/2004	746,96	167,43	579,53
31/5/2004	1.591,28	100,32	1.490,96
30/6/2004	20,07	20,07	0,00
31/7/2004	813,21	0,00	813,21
31/8/2004	451,09	0,00	451,09
30/9/2004	818,27	118,27	700,00
31/10/2004	446,69	361,19	85,50
TOTAL	6.248,23	809,31	5.438,92

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$5.438,92.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 521 a 526, preliminarmente alegando nulidade do lançamento de ofício porque os valores teriam sido lançados de forma “global” no Auto de Infração, “sem relacionar quais as notas fiscais correspondentes, obstando a verificação, pelo contribuinte, da pertinência e correção do Auto de Infração lavrado pelo fiscal.”, e que apenas após a apresentação da impugnação é que, “à fl. 08” teria sido apresentada uma relação de notas fiscais. Diz que a não apresentação da relação das notas fiscais que comporiam a base de cálculo da diferença de ICMS teria criado “obstáculo intransponível” ao oferecimento da defesa, do que entende que resultaria nulidade do lançamento de ofício.

Passa à analise de mérito dizendo que o faz na hipótese de rejeição da preliminar de nulidade. Diz que a Decisão recorrida deveria ser reformada porque estariam equivocados os valores apontados como devidos. Que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial da impugnação ao Auto de Infração, sob o argumento de que apenas houve lançamento indevido de algumas notas fiscais no Auto de Infração, determinando a retificação dos valores relativos à diferença de ICMS para exclusão dessas referidas notas, mas que o Auto de Infração faz referência expressa à aquisição de mercadorias para incorporação do ativo fixo, e a Decisão objeto do seu Recurso teria feito referência à aquisição de “mercadorias para uso e consumo”, o que diz o contribuinte que estaria fora dos limites do Auto de Infração e da fiscalização realizada.

Em seguida o Recorrente afirma que no período compreendido entre março e outubro de 2004 houvera uma aquisição de mercadorias para incorporar ao ativo fixo, ocorrida em 21/09/2004 com a Nota Fiscal nº10829, do fornecedor Advantec Brasil S/A, de São Paulo, no valor de R\$976,82, cuja diferença de alíquota, efetivamente, não foi recolhida, gerando um débito no valor histórico de R\$97,68, cujo recolhimento o Recorrente afirma que será providenciado, com os acréscimos moratórios, após apreciação do Recurso administrativo. Diz não concordar que se trata de material de uso e consumo porque, segundo afirma, o Auto de Infração “expressamente direciona a fiscalização das notas fiscais de aquisição de ativo fixo”.

Prosegue argüindo que na hipótese em que a autuação estivesse relacionada à aquisição do material de consumo não haveria diferença de ICMS, porque parte do material adquirido para consumo seria “material de informática”, com alíquota de 7% no Estado de São Paulo, e na Bahia a carga tributária também é de 7%, com base no artigo 87, inciso V, do RICMS/BA.

Aduz que a aquisição de material de consumo, inclusive de informática, compreendeu as Notas Fiscais com data de entrada que informa, do exercício de 2004, que lista às fls. 523 e 524 dos autos deste processo, conforme diz que comprovam os registros consignados no livro Registro de Apuração do ICMS cujas cópias foram colacionadas com a impugnação [fls. 484 a 499]. Elabora

tabela às fls. 523 e 524, na qual cita dados de notas fiscais de aquisição com informação de datas de entrada nos meses de março a maio e de julho a outubro, todas do exercício de 2004.

Diz que mesmo que a autuação estivesse relacionada à aquisição de material de consumo em outras Unidades da Federação, o somatório das notas totalizaria R\$27.398,50, e não a quantia de R\$124.964,60, e que não haveria diferença de alíquota para aquisição de material de informática.

Que, como exposto na impugnação originária, não teria deixado de recolher o ICMS relativo à diferença de alíquota, e o teria apurado e lançado no seu livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Débito do Imposto”, item “Outros Débitos”.

Afirma que seriam improcedentes os valores apurados no Auto de Infração, discriminados sinteticamente em seu demonstrativo. Que ele, Recorrente, teria anexado aos autos seu livro Registro de Apuração do ICMS, onde teria demonstrado os valores referentes ao diferencial de alíquota do período em questão, conforme tabela que apresentara. Reprisa o argumento defensivo inicial no sentido de que o procedimento que adotara se encontra disposto nos artigos 132, 116, II, b, 4, e 93, § 11, II, b, todos do RICMS/BA, para os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto.

O Recorrente conclui pedindo a reforma da Decisão *a quo*, julgamento pela nulidade da autuação, e, alternativamente, julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração no valor histórico de R\$97,68.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, emite Parecer às fls. 539 a 541 aduzindo que o Recorrente laborou em equívoco de interpretação acerca do voto proferido pelo Relator *a quo*. Que, de fato, à fl. 510 dos autos o Relator fala de planilha acostada pela fiscalização à fl. 08, mas que esta planilha fora acostada em momento muito anterior ao da apresentação da impugnação inicial, e portanto já anteriormente à possibilidade de defesa processual do autuado esse demonstrativo de fl. 08 encontrava-se nos autos. Que assim não vislumbrava qualquer mácula à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, merecendo ser rechaçada a preliminar aventada.

A Procuradora aduz que a JJF acatou parcialmente as razões do contribuinte, o que resultou em diminuição do débito tributário e que o Recorrente não trouxe, em sede de Recurso, novos documentos, ao processo, que fossem capazes de modificar a Decisão recorrida.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 543 esta 2ª CJF, em sessão de pauta suplementar, em decorrência de proposta do anterior Conselheiro-Relator deste processo, deliberou pelo encaminhamento do processo para a PGE/Profis solicitando que também fosse abordada a possibilidade de decadência em relação a parte dos débitos lançados.

À fl. 546 a doura Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Drª Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

À fl. 547 o digno Procurador-Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista que a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não fora acolhida, deveriam os autos ser analisados de acordo com entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e aduzindo ser necessária a elaboração de minuta de projeto de lei com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas constantes do CTN.

Às fls. 548 a 550 a Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão emite novo Parecer citando o artigo 173, I, do CTN; artigo 34 da Lei nº 4.320/64, e artigo 150, caput, do CTN; texto do jurista Luciano Amaro e jurisprudência de Tribunais Superiores, afinal posicionando-se no sentido de que não se operou a decadência quanto ao lançamento em foco. Ratifica o posicionamento externado no seu Parecer anterior, às fls. 539 a 541, opinando no sentido do Não Provimento do Recurso Voluntário.

À fl. 552, em razão de o anterior Conselheiro-Relator não mais integrar o quadro de Conselheiros desta 2ª CJF, o processo foi redistribuído para a presente Conselheira-Relatora.

Em sessão de julgamento, a preclara Advogada Drª Samara Ramos Santiago realizou sustentação oral das razões de defesa do contribuinte, dentre outros pontos enfatizando que fora cobrada diferença de alíquota relativa a aquisição de bens do ativo fixo da empresa, mas que houvera, na realidade, aquisição de material de consumo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo. Assinalo que em se tratando de exigência de pagamento de diferença de alíquota referente a operações de aquisição praticadas pelo contribuinte, os documentos fiscais que acobertaram estas operações são de propriedade do sujeito passivo, que os forneceu ao Fisco para verificação, em atendimento à Intimação de fl. 07, à qual foi anexada a listagem de fl. 08. Observo que na Intimação de fl. 07 consta menção expressa a este demonstrativo de fl. 08, e o contribuinte recebeu esta Intimação na data de 13/11/2008, ou seja, ainda antes de lavrado o Auto de Infração. Portanto, comprovado que o Fisco teve o cuidado de propiciar ao contribuinte, já durante a ação fiscal, total oportunidade de defesa da regularidade de suas operações. Arguição de nulidade rejeitada.

Observo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Ainda preliminarmente, analiso a questão da decadência suscitada nos autos deste processo, e analisada em sessão de julgamento. São do exercício de 2004 os fatos geradores discriminados no Auto de Infração objeto da lide, lavrado em 02/06/2009. Dentre outros aspectos a arguição de decadência foi aventada 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 administrativo, 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 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 argüida 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 argüição de decadência, foram relativos a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004 e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2010.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 02/06/2009.

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 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, entendo não se ter operado a decadência em relação aos fatos geradores objeto do Auto de Infração em análise.

No mérito, com a devida vénia observo que em parte merece reparo a Decisão recorrida.

Originalmente, no Auto de Infração, foi exigido do contribuinte ICMS no valor histórico de R\$6.248,23, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Assinalo que a imputação trata de aquisição de bens do ativo fixo, não estando objetivamente comprovado pelo sujeito passivo que nas notas das aquisições objeto da autuação, e que restaram mantidas no demonstrativo de débito pela e. JJF, constasse material de uso e consumo. Porém, como já assente nos julgamentos deste CONSEF, bem como em pronunciamentos da PGE/Profis, e exposto nesta sessão de julgamento, a Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS na Bahia) prevê, no inciso XV do artigo 4º, que ocorre o fato gerador do ICMS tanto na entrada de mercadoria destinada a uso e consumo, quanto na entrada de bem destinado ao ativo permanente da empresa. Consentaneamente, conforme também verificado e exposto nesta sessão de julgamento, os artigos do RICMS/BA discriminados no Auto de Infração tratam de pagamento de diferença de alíquota tanto na aquisição de bens do ativo, quanto na aquisição de material de uso e consumo, pois em ambas as situações é devido o pagamento do ICMS.

A doura JJF, pelas razões expendidas no voto do Acórdão objeto do Recurso, decidiu pela redução do débito para R\$5.438,92. Assinalo que o digno Relator teve o cuidado de em seu voto didaticamente discriminar, nota fiscal a nota fiscal, aquelas que deveriam ser excluídas da autuação. Inobstante este zelo, veio em seguida o Recorrente, que recebera cópia do Acórdão antes de apresentar o seu Recurso, a repetir o pedido de exclusão do débito relativo a operações objeto de diversas notas fiscais cujos débitos já estavam demonstradamente excluídos na Decisão *a quo*. Alegando se tratar de material de uso e consumo em informática, fundamentou seu pedido no quanto previsto no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, que à época dos fatos geradores da autuação determinava:

RICMS/BA:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;” (Redação do inciso V do art. 87 em vigor de 27/04/1997 até 12/04/2007 - dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 1, tendo sido retificada pela Alteração nº 4 para efeito aperfeiçoamento do texto.) (grifos nossos)

De todas as notas fiscais elencadas pelo sujeito passivo em grau de Recurso, apenas três não se encontravam já excluídas do demonstrativo fiscal pela Decisão *a quo*, a saber: Notas Fiscais nºs 005307, 005312 e 000838. As duas primeiras, acostadas pelo autuante às fls. 52 e 53, respectivamente, descrevem operações de aquisição de cadeiras giratórias, o que obviamente não se destina a uso exclusivo em informática, pelo que não assiste razão ao contribuinte quando alega que não recolhera a diferença de alíquota em razão de tal dita situação. Assim, deve ser mantida a autuação em relação às operações objeto destas duas notas fiscais.

Porém, em relação a Nota Fiscal nº 0838, de agosto/2004, acostada pelo autuante à fl. 178 dos autos, de fato se trata de aquisição de três “ADU Adaptadores para PS/2” e de três “VGA Placa VGA PCI”, itens para uso exclusivo na montagem de equipamentos de informática, o que os enquadra na situação de bens adquiridos para compor ativo fixo do Recorrente. Nessa situação, seria devido o diferencial de alíquota à Bahia. Porém, prevê o artigo 93, V, “a”, c/c seus parágrafos 6º, 7º e 12:

RICMS/BA:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos

respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) a partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);

(...)

§ 6º. Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;

(...)

§ 7º Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, consideram-se pertencentes à:

(...)

III - Região Centro-Oeste - O Distrito Federal e os Estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;

(...)

§ 12. Além dos lançamentos de que cuida o parágrafo anterior, os créditos referentes a bens do ativo imobilizado serão objeto de outro lançamento, em documento denominado Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), nos termos do § 2º do art. 339.

(...)

(grifos nossos)

Assim, por se tratar de operação interestadual de aquisição de produtos de informática para incorporação ao ativo fixo, conforme essa Nota Fiscal nº 0838, emitida pela empresa LC Maia Ferreira, estabelecida em Brasília/DF, Região oeste do Brasil, seria devido à Bahia valor de ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interestadual e estadual na operação; o imposto está destacado na Nota Fiscal nº 0838, à fl. 178 (base de cálculo R\$778,08 e ICMS R\$93,37), pelo que seria devida a diferença de 5% mas, de acordo com o disposto nos ante-transcritos artigo 87 e 93, ambos do RICMS/BA, uma vez que a carga tributária das operações com essas mercadorias, nas operações internas, está reduzida a 7%, em relação a esta operação de aquisição específica de fato não há débito de ICMS relativo a diferença de alíquota.

Assim fica excluído, do demonstrativo de fl. 08, o valor de imposto de R\$38,00, pelo que para o mês de agosto/2004, no demonstrativo de débito do Auto de Infração, o imposto a recolher aos cofres públicos é de R\$413,09, e não de R\$451,09, valor originalmente lançado pelo autuante, e o Auto de Infração é procedente em parte, mas no montante total de R\$5.400,92, motivo pela qual voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que seja modificada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, apenas em relação ao montante devido ao erário baiano, que na realidade é de R\$5.400,92.

VOTO DIVERGENTE (Decadência)

Peço à ilustre Conselheira pra discordar do seu voto quanto à decadência dos lançamentos anteriores a 02/06/2004.

Quanto a esta preliminar, 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 doura PGE.

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 decadenciais em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

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

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 02/06/2004, 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.

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 ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281240.0022/09-0, lavrado contra **FLUXO SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA. (FLUXO PETRÓLEO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.400,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

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

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

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS