

PROCESSO	- A. I. N° 299334.0302/09-5
RECORRENTE	- TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0077-02/10
ORIGEM	- INFAS INDÚSTRIA
INTERNET	- 21/09/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0267-12/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. (MONTAGEM ELETROMECÂNICA E CONSTRUÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO ELÉTRICA E CONERTO). Incide o ICMS na prestação de serviços que, embora sujeitos ao imposto municipal, tenham sido prestados com fornecimento de mercadorias, nos casos expressamente ressalvados em Lei Complementar. No caso, os materiais aplicados são excludentes da lista de serviços (itens 7.02 e 14.01) anexa à Lei Complementar nº 116/2003, para efeito de incidência do ICMS, em conformidade com a alínea “a” do inciso VIII, e “d” do inciso IX, do artigo 2º do RICMS/97. Rejeitadas as argüições de nulidade e de decadência do crédito tributário. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 299334.0302/09-5, lavrado em 30/09/2009 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$424.359,42, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto, relativo ao fornecimento do material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de aparelhos, prestado ao usuário final, no período de fevereiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo fiscal às fls. 07 e 08 e cópias de notas fiscais e de livros fiscais às fls. 09 a 188. Em complemento consta que o contribuinte prestou serviço a CHESF, COELBA e PETROBRÁS fornecendo material sujeito à incidência do ICMS.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 191 a 216, o autuante prestou informação fiscal às fls. 236 a 238, mantendo a imputação.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0077-02/10, às fls. 242 a 247. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2004, observo que não assiste razão ao defendant, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que “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”.

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 30/09/2009, e o contribuinte foi cientificado em 02/10/2009. a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/04, findando-se em 31/12/09.

Rejeito o pedido de diligência fiscal revisora do lançamento, formulado pelo patrono do autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, "o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade", o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

O autuado demonstrou ter recebido o levantamento fiscal contendo a identificação de todos os documentos fiscais, o cálculo do débito e a indicação dos clientes objeto das operações realizadas no período fiscalizado, inclusive juntou uma cópia à sua peça defensiva, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento do ICMS relativo ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de aparelhos, prestados ao usuário final.

Ou seja, o fundamento da autuação é de que o estabelecimento prestou serviços de montagem e construção de linha transmissão (sub-estação) para a CHESF, COELBA e PETROBRAS, com aplicação dos materiais constantes nas notas fiscais às fls.09 a 61, todas relacionadas no demonstrativo à fl.08, o qual o sujeito passivo ao juntar cópia em sua peça defensiva demonstrou ter recebido uma cópia do mesmo, não negando a existência das citadas notas fiscais, e pode exercer com plenitude o seu direito de defesa, como aliás o fez.

O débito foi apurado com base nas notas fiscais nº 9010; 9022; 9059; 9062; 9063; 9073; 9088; 9092; 9093; 9147; 9154; 9178; 9179; 9180; 9187; 9188 e 9193 (docs.fls.09 a 61), em nome da CHESF, COELBA e PETROBRAS, respectivamente, nas quais, nada consta nos "Dados dos produtos", porém, consta nos "Dados do Serviço", que foram aplicados materiais sem especificá-los, sendo o imposto calculado sobre os valores dos materiais.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que, na qualidade de prestador de serviços, na instalação e montagem de equipamentos, prestado a usuário final, a prestação de serviço com fornecimento de material não está sujeita ao ICMS, de acordo com o artigo 2º, inciso VIII, "a" do RICMS/97 e o item 14.06 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, repetido pela Lei Municipal nº 4.279/90 alterada pela Lei nº 7.186/03.

O estabelecimento apresenta-se como prestador de serviços, situação que o afastaria do ICMS. Contudo, toda a questão de direito tratada nestes autos está relacionada em se saber exatamente se as prestações de serviços efetivadas pelo estabelecimento, objeto de lide, enquadram-se nos itens 7.02 e 14.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, recepcionado na alínea "a" do inciso VIII, e "d" do inciso IX, do artigo 2º do RICMS/97, ou no item 14.06 (artigo 2º, inciso VIII, "a" do RICMS/97), conforme entende o sujeito passivo.

Cabe, inicialmente, analisar a legislação que rege a espécie em questão.

RICMS/97

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

...
§ 2º O ICMS incide sobre:

...
II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

- não compreendidos na competência tributária dos Municípios;
- sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

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

...
VIII - do fornecimento de mercadoria, pelo prestador do serviço, nos casos de prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, como definida em lei complementar, inclusive nos casos em que, embora o serviço conste na Lista de Serviços, a natureza do serviço ou a forma como for contratado ou prestado não corresponda à descrição legal do fato gerador do tributo municipal, tais como (Anexo 1):

a) fornecimento de material, pelo prestador do serviço, na instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos;

IX - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, o fornecimento de materiais se sujeitar à incidência do ICMS, a saber (Anexo 1):

...
d) fornecimento de peças e partes, pelo prestador do serviço, no conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de quaisquer objetos;

...

Art. 59. A base de cálculo do ICMS, nos fornecimentos de mercadorias por prestadores de serviços de qualquer natureza, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

...
III - no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, houver a incidência do ICMS sobre o valor das mercadorias fornecidas, o preço corrente das mercadorias fornecidas ou empregadas pelo prestador (art. 2º, IX).

Toda a legislação acima transcrita é originária da Lei Complementar, que prevê, no inciso IV do artigo 1º, a incidência do ICMS, nas situações que indica, in verbis:

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços:

a) não compreendidas na competência tributária dos municípios;

b) compreendidas na competência tributária dos municípios, mas que, por indicação expressa de lei complementar, sujeitam-se à incidência do imposto de competência estadual.

Neste sentido, os itens 7.02 e 14.01 da lista de serviços anexa ao Decreto Lei nº 406/68, e na redação que passou a ter com a Lei Complementar nº 116/2003, destacam(exceto o fornecimento de peças e partes que fica sujeita ao ICMS).

Assim, resta claro que mesmo sendo prestador de serviços, o estabelecimento também é contribuinte do ICMS no que se refere ao fornecimento de peças e partes nas prestações que realiza.

Em relação aos fatos, o lançamento fiscal deve ser revestido de certeza e liquidez, ou seja, deve se basear em fatos sólidos. As provas apresentadas pela fiscalização são suficientemente para essa certeza, eis que estão baseadas nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, conforme cópias anexadas ao presente processo.

Portanto, a listagem que acompanha a Lei Complementar nº 116/2003 é taxativa, no sentido que incide o ICMS quando aplicados os materiais nas prestações de serviços, por força do que dispõe os itens 7.02 e 14.01 da lista anexa à citada LC e no Anexo 1 do RICMS/97, haja vista que essa norma legal, em termos do ICMS, excepciona o fornecimento de peças e partes a saber:

Lista de Serviços a que se refere a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

...
7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

...
14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

Assim, tendo em vista que a lista de serviços, é exaustiva, depreende-se claramente que, enquadrando-se a operação em um dos itens da lista de serviços acima transcrita, o imposto sobre ela incidente é o ISS, porém, havendo o fornecimento de mercadorias, há a incidência do ICMS sobre o material fornecido.

Do exposto, não podemos chegar a outra conclusão, senão a de que efetivamente o estabelecimento pratica prestações de serviços, e sobre estas há de incidir o ISS, sendo certo que sobre as operações com partes e peças aplicadas, nessas prestações de serviços há incidência do ICMS, conforme consta da acusação fiscal e na legislação acima transcrita.

Por fim, apreciando a alegação defensiva de confiscação de parte da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar

prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

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

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 258 a 283, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese, o Recorrente afirma ser pessoa jurídica e que, dentre seu objeto social, está prevista a prestação de serviços de reforma de transformadores e medidores. Descreve a imputação e diz ter demonstrado, *pari passu*, a inconsistência da autuação, reiterando a defesa escrita e os argumentos que foram apresentados durante o procedimento fiscalizatório, e perante a Coordenação de tributação da SEFAZ/BA, após a instauração do presente processo administrativo, conforme aduz que demonstrará.

Alega preliminar de decadência relatando que o lançamento tributário se deu em 30/09/2009, relativamente a fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2004. Fala que o ICMS é sujeito ao lançamento por homologação, de modo que tem o fisco 05 anos para homologar, expressa ou tacitamente os recolhimentos efetuados. Que o período de janeiro a agosto de 2004 não poderia mais ser objeto de lançamento, porque se contando do fato gerador, somam-se mais de cinco anos para que o Fisco exerça seu direito de constituição. Fala sobre doutrina, Teoria Geral do Direito Civil, prescrição, cita o artigo 150, §§ 1º e 4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Diz que o prazo decadencial tem início com o surgimento do fato gerador; que para muitos fazendários a existência de notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento teria o condão de interromper a decadência, o que não procederia. Cita exemplo, julgado da esfera judicial e Decisão de contencioso administrativo de outro Estado, acerca de decadência.

Conclui aduzindo que o período de janeiro a agosto de 2004 não mais poderia ser objeto de lançamento, nos termos do artigo 150, §4º do CTN e pedindo o cancelamento da cobrança tributária.

Passa a falar sobre a imputação fiscal aduzindo que a Fiscalização aponta que ele, Recorrente, deixou de recolher ICMS relativo ao fornecimento de material, na qualidade de prestador de serviços, na instalação e montagem de equipamentos, prestado a usuário final. Cita o artigo 2º, VIII, “a”, do RICMS/BA.

Diz que a Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003 [Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências] trouxe inovações e regula a sistemática de recolhimento do ISS, e que esta LC relaciona, na sua lista anexa de serviços, o item 14.06 – Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido. Afirma que a Lei Municipal nº 4279/90, vigente até 2006, quando foi introduzida a Lei nº 7186/2006, repetiu na sua lista de serviços a hipótese prevista no item 14.06 da LC 116/2003.

Aduz que a legislação do ICMS vigente, inclusive mencionada pela Fiscalização no enquadramento da infração, determina que o fato gerado do ICMS ocorre no momento do “... fornecimento de mercadoria, pelo prestador do serviço, nos casos de prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, como definida em lei complementar...”.

Assevera que no presente caso ele, Recorrente, prestou serviços à COELBA nos termos dos contratos de fornecimento de obras e serviços de nºs 4600004946, 4600004457 e 4300018502, que foram devidamente analisados pela Fiscalização, estando sujeito à tributação municipal do ISS e não do ICMS.

Afirma que o inciso VIII, do artigo 2º do RICMS/BA exclui da tributação do ICMS a hipótese de fornecimento de mercadoria, pelo prestador do serviço, nos casos de prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, como definida em Lei Complementar. Que, assim, não haveria hipótese de incidência do ICMS no presente caso.

Diz que com a celebração dos contratos de prestação de serviços, sobretudo o de nº 4600002354, de fevereiro de 2002, já analisando pela Fiscalização, ele, Contribuinte, passou a prestar serviços de recuperação de medidores à COELBA.

Que o serviço consistia na remessa dos “medidores” pelo contratante (COELBA) para serem reformados pelo contratado (TRACOL), e que estes equipamentos sempre foram enviados, além da Bahia e alguns Municípios deste Estado, de outros Estados da Federação abrangidos pelo contrato.

Diz que a autuação cingiu-se sobre a diferença existente entre as notas de remessa da origem (materiais a serem reformados) e as notas de remessa da TRACOL, normalmente em quantidade menores em razão de a demanda não ser suprida completamente no mesmo mês do recebimento.

Que esta operação em momento algum se teria configurado como venda de mercadorias e sim em remessa seccionada de material recebido para conserto. Copia o artigo 627 do RICMS/BA acerca de remessa para conserto.

Diz que a Fiscalização teria desvirtuado a natureza da operação considero-a como tributável, sem confrontar as notas de recebimento e de devolução, procedimento através do qual se comprovaria a devolução de todos os itens recebidos para conserto, efetivamente consertados.

Afirma que toda a documentação contábil comprobatória está à disposição deste Conselho e da Fiscalização, e que deixa de apresentá-la em anexo por coerência, por se se tratar de mais de 5 livros fiscais e 5 caixas de notas e documentos. Mas que caso este Conselho assim não entenda, pede que seja concedido um prazo adicional para juntada dos volumosos documentos.

Pede que seja realizada nova diligência pela fiscalização a fim de apurar o quanto alegado, verificando a documentação disponibilizada de forma que seja rechaçada completamente a infração em questão.

O sujeito passivo insurge-se contra a multa aplicada, que aduz ser inconstitucional, confiscatória e lesar o patrimônio do contribuinte, e discorre contra o uso da taxa SELIC. Cita juristas e decisões judiciais a respeito.

O contribuinte conclui pedindo o acolhimento da preliminar de decadência, de forma que seja cancelada a cobrança relativa aos meses de janeiro a agosto de 2004; a procedência do seu Recurso, sendo julgado totalmente improcedente o Auto de Infração. Coloca-se à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento saudável deste procedimento administrativo. Pede que as intimações sejam realizadas no endereço constante “no timbre”.

À fl. 289 a Coordenação Administrativa deste Conselho encaminhou o processo para PGE/PROFIS, solicitando que fosse abordada a alegação de decadência.

À fl. 290 a douta Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/Profis.

À fl. 291 o digno Procurador-Geral do Estado, Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi 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. 292 e 293, a preclara Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa emite Parecer citando o artigo 150, §4º, do CTN e artigo 107 do COTEB, afinal posicionando-se no sentido de que não se operou a decadência quanto ao lançamento em foco.

Quanto ao mérito, aduz que em relação ao argumento de que a prestação de serviços de reparação de medidores não está inserida no campo de incidência do ICMS, a LC 116/2003 prevê, de forma exaustiva, a lista de serviços sujeitos ao ISS, estabelecendo, em seu artigo 1º, IV, que se sujeita ao ICMS o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, assim expressamente

previstos. Que, assim, considerando que os serviços prestados à COELBA, conforme descrição nos documentos fiscais, são os previstos nos itens 7.02 e 14.01 da LC 116/03, que prevêem expressamente a incidência do ICMS no tocante ao fornecimento de materiais, a exigência é legítima.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

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

De ofício e preliminarmente verifico que 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 a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Trato agora da argüição 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 30/09/2009, em relação a fatos do exercício de 2004, 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 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 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 30/09/2009.

Quanto ao argumento, constante nos autos deste processo e analisado 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 transcrita, 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, voto pelo não acolhimento da alegação quanto a se ter operado a decadência.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

A imputação trata de ICMS devido em razão da falta de recolhimento do imposto, relativo ao fornecimento do material, na qualidade de prestador de serviço, na instalação e montagem de aparelhos, prestado ao usuário final, conforme demonstrativo fiscal, cópias de notas fiscais e de livros fiscais constando ainda, no Auto de Infração, que o contribuinte prestou serviço a CHESF, COELBA e PETROBRÁS fornecendo material sujeito à incidência do ICMS.

O fulcro da lide reside na verificação quanto a se as prestações de serviços efetivadas pelo estabelecimento enquadram-se nos itens 7.02 e 14.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, ou no item 14.06 da mesma Lista de Serviços.

Compulsando os autos verifico que se trata de prestação de serviços com fornecimento de peças. O contribuinte não comprova que se trataria de peças enviadas pela Coelba para conserto, ou pelas demais empresas, e que depois estariam sendo devolvidas sem que a estes equipamentos fossem adicionados materiais vendidos pelo fornecedor, operação de venda, ou de fornecimento de material, estas, sobre as quais incide o ICMS. Pelo contrário, tal como visto pelo Fisco nos documentos fiscais do sujeito passivo que, conforme relatado pelo contribuinte, foram devidamente analisados, houve o fornecimento de peças sem sequer o destaque do ISS sobre os preços de tais materiais e, mesmo se destacado o ISS sobre os preços dos materiais fornecidos, ainda seria devido o ICMS ao Estado da Bahia.

Diante da documentação acostada aos autos, alinho-me ao entendimento esposado pela PGE/PROFIS no sentido da procedência da autuação.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, e da irresignação quanto à aplicação da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa 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.

Quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal, inexiste óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Peço vênia à ilustre Relatora para discordar quanto à sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 29/09/2003.

Ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 30/09/2004, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

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

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

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

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve

texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

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

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 29/09/2003, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

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, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299334.0302/09-5, lavrado contra TRACOL SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$424.359,42, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, 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 DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro 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