

PROCESSO - A. I. N° 206969.0010/09-3
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA. (SUPERMERCADO MARIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 4ª JJF nº 0150-04/11
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET - 31/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0318-12/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ilícitos não impugnados. Mantidas as infrações. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. À época dos fatos que ensejaram o lançamento não existia previsão legal para aplicação de multa relativa ao ilícito em exame. Infração declarada nula, de ofício. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTOS NOS LIVROS EM VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. b) AQUISIÇÕES COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. A autoria e a materialidade das ocorrências restam demonstradas no levantamento, nas cópias dos documentos fiscais, assim como na indicação de onde foram escriturados os créditos indevidos. Infrações caracterizadas. c) CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Cópia do documento juntado ao processo demonstra que o foi emitida nota fiscal utilizando formulário e autorização de impressão e formulário de outro estabelecimento o que configura inidoneidade do documento fiscal. Também não foi comprovado que o valor do imposto destacado no documento fiscal relativo a operação de venda tenha sido escriturado e recolhido aos cofres públicos do Estado e consequentemente indevida a utilização do crédito fiscal. Infração subsistente. d) IMPOSTO LANÇADO A MAIS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A autuante elaborou demonstrativo relativo à antecipação parcial, com todas as informações necessárias para a apuração do crédito indevido, como data, período de referência, acréscimos etc. As quantias encontradas em cada intervalo de apuração foram levadas para o levantamento da conta corrente do ICMS, onde os valores foram excluídos ou incluídos, a depender da situação. Infração caracterizada. 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O art. 39, VIII, RICMS/97 determina a responsabilidade solidária do adquirente em relação às

operações de compra de mercadorias originárias de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal. Infração caracterizada. **6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE REGISTROS. MULTA.** Decretado, de ofício, a nulidade deste item ante a clara incongruência entre a descrição dos fatos e a imputação. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Declarada, de ofício, por unanimidade, a nulidade da infração 9.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2009, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo transcritas e que foram alvo da peça recursal:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, em valores superiores aos destacados em documentos fiscais (janeiro e abril de 2004). Valor lançado de R\$ 255,32 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (maio e setembro de 2004 e janeiro de 2005). Valor lançado de R\$ 663,72 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito, referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Está consignado que o contribuinte utilizou seu formulário 012.277 (AIDF 9901004262004) para emissão da nota fiscal 052.346, que documenta suposta venda, com CFOP 5102, de Supermercado Breno Ltda., inscrição estadual número 50.361.023, com utilização do crédito fiscal destacado, relativo a novembro de 2004, sem pagamento do imposto. Valor lançado de R\$ 1.999,87 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Utilização a maior de crédito, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior. Consta que, antes de ter efetuado o recolhimento, o autuado lançou crédito indevido de ICMS por antecipação parcial, utilizando o período de referência e não o de pagamento para a correspondente quantia creditada. Assim, foi elaborado o levantamento dos pagamentos do imposto e refeita a conta corrente, de acordo com o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (março de 2004). Valor lançado de R\$ 6.515,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, ocorridas no dia 29 de fevereiro de 2004, através de equipamento emissor de cupons fiscais (ECF). Valor lançado de R\$ 2.435,30 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Falta de recolhimento do tributo referente às aquisições de mercadorias de produtores rurais ou extratores não inscritos no Cadastro Estadual, na qualidade de responsável solidário (janeiro a novembro de 2004). Valor lançado de R\$ 5.228,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97 (abril a setembro de 2004). Valor lançado de R\$ 560,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 - Falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação. Consta que o sujeito passivo entregou de forma incorreta os arquivos em meio magnético, referentes ao exercício de 2004, contendo apenas parte dos dados totalizados por documentos, quando deveria informar todos os itens de mercadorias (registros 54, 60R, 75), por ser o contribuinte usuário de ECF e por emitir documentos fiscais por meio eletrônico (art. 708-A, §§ 4º e 6º do RICMS/97), impedindo desse modo a realização de diversos roteiros de auditoria. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“À época dos fatos que ensejaram a infração 08 (multa sobre o imposto por antecipação parcial não recolhido, concernente às aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal; abril a setembro de 2004) não existia a penalidade específica para o ilícito em exame.

A redação do art. 42. II, “d” da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 7.981, de 12 de dezembro de 2001, cuja vigência se deu entre 13 de dezembro de 2001 e 27 de novembro de 2007, estabelecia a multa de 60% para os casos de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação (substituição) tributária. Somente em novembro de 2007, com o advento da Lei nº 10.847, a antecipação parcial foi incluída no texto do inciso.

Por isso, com fundamento no art. 18, III do RPAF/99, declaro nula, de ofício, a infração 08.

No que se refere às demais acusações, não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico. O demonstrativo da infração 06 foi juntado às fls. 57/58 e as cópias das notas fiscais às fls. 59 a 97.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na defesa e na manifestação sobre a informação fiscal. O contribuinte foi devidamente intimado de todos os incidentes processuais e foram-lhe concedidos todos os prazos legais para que apresentasse as suas argumentações.

O suposto e alegado caráter confiscatório, portanto inconstitucional, das multas cominadas, uma vez que previstas nos dispositivos da Lei nº 7.014/96 citados no Relatório supra, não pode ser apreciado por este Conselho de Fazenda, de acordo com o art. 167, I, RPAF/99.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, referente às infrações 01 a 07 e 09.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Apesar do fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Indefiro o pleito de diligência, visto que os autos encontram-se satisfatoriamente instruídos e não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

As infrações 05 e 07 não foram contempladas na defesa. Dessa forma, com fundamento no art. 140, RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações 05 e 07 mantidas.

No mérito, com relação às duas primeiras infrações, o impugnante pautou-se no princípio da verdade material e no necessário formalismo de um procedimento de acusação, para expor a sua concepção de que as mesmas não procedem e cercearam o seu direito de defesa.

A última afirmação, conforme já decidido preliminarmente, não encontra amparo nos fatos.

A autoria e a materialidade das ocorrências restam demonstradas no levantamento de fl. 09, nas cópias dos documentos fiscais de fls. 10 a 18, assim como na indicação de onde foram escriturados os créditos indevidos (coluna “REM/FLS.”, fl. 09), do que repto caracterizadas as infrações 01 e 02.

De acordo com o que informou a autoridade fiscal, a nota tida como inidônea, da infração 03, de número 52.346 (fl. 19), foi objeto de descrição pormenorizada no corpo da peça inicial e encontra-se contemplada na planilha de fl. 09 (relativa às duas primeiras infrações), como último item deste levantamento.

Consoante se observa na cópia de fl. 19, com o mencionado documento (nota fiscal fatura), pertencente ao próprio estabelecimento autuado, seria possível registrar operações de entradas ou de saídas. Ocorre que a nota fiscal deu suporte à aquisição de diversas mercadorias do SUPERMERCADO BRENO LTDA., localizado

no Município de Ilhéus-BA, sob a alíquota de 17%, com lançamento na escrita (fl. 20), mas foi equivocadamente assinalada a opção saída. Um simples erro tipográfico, destituído de repercussão tributária.

Para que fosse acatada a alegação da auditora fiscal, de que a comercialização é fictícia, seria necessário que a autoridade trouxesse aos autos os livros do remetente, de forma a se comprovar que o mesmo não vendeu para o estabelecimento fiscalizado.

A situação não se encarta em nenhuma das hipóteses previstas no art. 209, RICMS/BA, e por isso concluo pela improcedência da infração.

Infração 03 descaracterizada.

A quarta acusação é de utilização a maior de crédito, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior. Segundo a autuante, antes de ter efetuado o recolhimento, o sujeito passivo lançou a seu favor ICMS por antecipação parcial, usando o período de referência e não o de pagamento para a correspondente quantia creditada. Assim, foi elaborado o levantamento dos pagamentos do imposto e refeita a conta corrente.

Data vénia, são inverídicas as alegações defensivas de que os pagamentos extemporâneos não trazem prejuízo ao Estado e de que a auditora não transportou o crédito para os períodos respectivos.

Corretamente, a autuante elaborou à fl. 24 um demonstrativo relativo à antecipação parcial, com todas as informações necessárias para a apuração do crédito indevido, como data, período de referência, acréscimos etc. As quantias encontradas em cada intervalo de apuração foram levadas para o levantamento da conta corrente do ICMS, onde os valores foram excluídos ou incluídos, a depender da situação. Por exemplo, nos meses de agosto e novembro de 2004 foram utilizados créditos menores do que os devidos, enquanto nos demais meses o uso foi maior. Assim, foi encontrado o total lançado, cujo período de referência é março de 2004.

Infração 04 caracterizada.

A sexta infração relaciona-se à falta de recolhimento do tributo decorrente das aquisições de mercadorias de produtores rurais ou extratores não inscritos no Cadastro Estadual, na qualidade de responsável solidário (janeiro a novembro de 2004).

Conforme já exposto, o demonstrativo foi juntado às fls. 57/58, e as cópias das notas fiscais às fls. 59 a 97.

O art. 39, VIII, RICMS/97 determina a responsabilidade solidária do adquirente em relação às operações de compra de mercadorias originárias de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal.

Caracterizada a infração 06.

Com relação à infração 09, a autuante consignou que o sujeito passivo entregou de forma incorreta os arquivos em meio magnético, referentes ao exercício de 2004, contendo apenas parte dos dados totalizados por documentos, quando deveria informar todos os itens de mercadorias (registros 54, 60R, 75), por ser usuário de ECF e por emitir documentos fiscais por meio eletrônico (art. 708-A, §§ 4º e 6º do RICMS/97), impedindo desse modo a realização de diversos roteiros de auditoria.

Afirmou o contribuinte que a exigência não procede, porque aquele que utiliza sistema eletrônico de processamento de dados somente para escrituração de livro fiscal é dispensado do envio dos registros 54 e 60R, de acordo com o art. 686, § 4º, RICMS/BA (transcrito à fl. 333) e Pareceres de fls. 333/334, o que não foi refutado pela autuante na informação fiscal.

Todavia, às fls. 149 a 157 foram juntadas provas de que o impugnante fez uso de sistema eletrônico de processamento de dados não apenas para escrituração de livros, mas também para emitir documentos fiscais, o que afasta a eficácia, no presente caso, do art. 686, § 4º, RICMS/BA.

A redação anterior dada ao dispositivo do art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, fornecida pela Lei nº 9.159, de 09 de julho de 2004, publicada no Diário Oficial do Estado de 10 e 11 de julho de 2004, com efeitos entre 10 de julho de 2004 e 10 de fevereiro de 2005, trazia a previsão da multa de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

Infração 09 caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 17.038,87.”

Em face da infração nº 3, a referida Junta de julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão, através do VOTO VENCEDOR:

“Apesar dos bons fundamentos formulados pelo nobre Relator, discordo do seu posicionamento em relação à infração 3.

A infração acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Consta na descrição dos fatos que foi utilizado o “formulário nº 12277 (AIDF 9901004262004) para emissão da nota fiscal 52.346 para documentar suposta operação de venda (CFOP 5102) de Supermercado Breno Ltda, IE 50.361.023, com utilização do crédito do ICMS destacado na nota fiscal em Nov/2004, sem pagamento desse ICMS”.

Na defesa apresentada o autuado alegou que:

No que se refere à infração 3, decorre de erro evidente do autuante já que o documento fiscal utilizado pelo autuado é idôneo, já que não há qualquer indicação de falsidade ou inidoneidade. Observa-se que a autuante não demonstrou e provou que o documento não é inidôneo, o que fere o princípio da verdade material, razão porque é improcedente a infração 3.

A cópia do mencionado documento [NF 52.346] à fl. 19 apresenta as seguintes características:

- 1. Formulário impresso em gráfica com indicação do nome fantasia do estabelecimento autuado COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA, consignando sua autorização de impressão (AIDF) e nº do formulário 12277;*
- 2. Impressão superposta do emitente (impressora de computador) com nome fantasia de SUPERMERCADO BRENO LTDA- Avenida Petrobrás – Centro – Ilheus/BA, IE 50.361.023, CNPJ 02.744.619/0002-17, tendo como destinatário o autuado;*
- 3. Indica natureza da operação VENDA MERCADORIAS – CFOP 5.102, consignando quantidades significativas de mercadorias diversas (5.200 un de esponjas Bombril; 3.640 un de detergente Limpol; 4.590 un de desinfetantes Pinho Bril e Kalipto), totalizando R\$11.763,97 e ICMS destacado de R\$1.999,87;*
- 4. Foi escriturado como crédito fiscal o valor do imposto destacado no livro Registro de entrada no mês de novembro/04, cuja cópia foi juntado à fl. 20.*

Pelo acima descrito há dois aspectos a serem observados na apreciação da infração: o primeiro quanto aos aspectos formais do documento e o segundo em relação à legitimidade da utilização do crédito fiscal da operação.

No tocante aos aspectos formais do documento em questão, constato que foi utilizado o formulário com autorização de impressão de documento fiscal (AIDF) do estabelecimento autuado para emitir nota fiscal por outro estabelecimento legalmente inscrito (Supermercado Breno – IE 50.361.023). Tal procedimento é inconcebível, pois infringe toda a normatização quanto à autorização para impressão de documentos fiscais e controle de emissão e escrituração por parte do Fisco, conforme previsto no Regulamento do ICMS. Sob este aspecto, o art. 97, VII do RICMS/BA veda a utilização do crédito fiscal em consonância com o art. 209 do mesmo diploma legal, o qual elenca diversas situações de inidoneidade, entre elas a do inciso III que estabelece “não guardar os requisitos ou exigências regulamentares” e no parágrafo único cuja irregularidade for de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine. Logo, como acima apreciado o remetente não poderia emitir documento fiscal utilizando formulário de impressão de outro estabelecimento e dessa forma é inidôneo o documento fiscal.

Quanto ao segundo aspecto, deve ser analisado se efetivamente ocorreu uma operação de venda cujo crédito fiscal foi escriturado. Sob este aspecto, o próprio dispositivo indicado no enquadramento da infração (art. 97, VII do RICMS/BA) ressalva que “... admitindo-se o crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado”.

O documento indica uma operação de “venda mercadoria – CFOP 5.102” do Supermercado Breno para o estabelecimento autuado. Na defesa o autuado argumentou apenas que o documento era idôneo, o que não é como acima apreciado, mas não esclareceu de que operação se tratava. Na hipótese de se tratar de uma nota fiscal de entrada e não de saída como indicada no documento (devolução de venda) deveria reportar-se a nota fiscal anterior de saída, mas a própria indicação do CFOP 5.102 indica o contrário, ou seja, que se trata de venda e não de devolução.

Caso se trata de uma operação de venda do Supermercado Breno para o estabelecimento autuado, sendo o mesmo inscrito no cadastro de contribuinte, ele deveria ter emitido o documento fiscal, destacado o imposto, escriturado o débito e efetivado o seu pagamento, o qual constituiria crédito fiscal do estabelecimento destinatário.

Tendo o próprio comprador (Comercial de Estivas Matos Ltda) emitido a nota fiscal, o Estado da Bahia suportou um crédito fiscal que foi escriturado no seu próprio estabelecimento, sem que tenha sido trazida ao processo a comprovação de que houve pagamento do imposto da operação, nem durante a fiscalização, nem no momento da apresentação da defesa. Logo, há repercussão tributária, a menos que o autuado fizesse prova de

que houve recolhimento do imposto destacado no documento fiscal, fato que não ocorreu. Sabe-se que pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, o crédito fiscal de direito para ser utilizado em operação posterior corresponde ao imposto que foi pago na operação antecedente, fato que na situação presente não foi comprovado. Portanto, concluo que além de inidôneo o documento fiscal sob os aspectos formais, não foi comprovado de que o imposto destacado foi escriturado e recolhido, sendo indevida a sua utilização.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da infração 03.”

O autuado inconformado com a Decisão da 4ª JJF, interpôs Recurso Voluntário, na qual requereu: a reforma, tendo em vista a insuficiência de elementos para caracterização da infração nº 3; a decadência arguida e não acatada pela Junta de Julgamento Fiscal; e ainda, a revisão com relação às demais infrações, haja vista a falta de fundamentação.

Preliminamente, arguiu que o lançamento operou após o prazo decadencial previsto no CTN, pois este foi lavrado em 29/12/2009, passando mais de cinco anos dos fatos imponíveis. Assim, esclareceu que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como no presente caso, o prazo de decadência inicia com a ocorrência do fato gerador, sendo este o entendimento doutrinário e o previsto no § 4º, art. 150, do CTN. Desta forma, requereu a decadência em relação às infrações impostas à exceção da infração 2 e da multa da infração 9.

De acordo com a peça recursal, com relação à infração 3, argumentou que houve a inobservância de prova da venda fictícia e da nota fiscal inidônea declarada pelo autuante, ferindo, o princípio da verdade material. Afirmou a evidente improcedência da infração 4, uma vez que o Fisco relatou a utilização de crédito a maior, decorrente de lançamento do crédito no mês de referência, e não no mês do pagamento, o que não vem a causar nenhum prejuízo ao fisco estadual.

No tocante à infração 6, argumentou que não veio acompanhada do demonstrativo que faz referência, gerando neste caso a nulidade da infração, haja vista a não comprovada ilicitude tributária. Ainda, arguiu a improcedência da infração 9, tendo em vista que pelo fato de atuar no ramo de varejo, os programas utilizados não geravam os registros solicitados pelo fisco, acontecendo apenas, em meados de 2007, a adequação do programa para emitir os arquivos com os registros solicitados pelo fisco estadual.

Ressaltou que o contribuinte somente é obrigado a entregar o arquivo magnético na forma do art. 708-B, do RICMS, caso seja obrigado a transmitir ou manter os arquivos, porém, no presente caso, se aplica a regra prevista no art. 686, § 4º, do RICMS, pois o autuado nunca se utilizou do SEPD, no entanto, somente para livros fiscais e Emissão de Cupom Fiscal. Desta forma, não subsistindo a imposição tributária, diante da impossibilidade do fisco enquadrá-lo como contribuinte obrigado a fornecer os arquivos magnéticos por item de mercadoria - registro 54 e 60 R.

Diante do acima exposto, arguiu que por não entregar os arquivos magnéticos foi aplicada penalidade equivocada, não lhe permitindo a defesa, afrontando, o agente fazendário, o princípio da ampla defesa em seu sentido amplo, uma vez que não buscou a realidade dos fatos.

Por fim, requereu a improcedência das infrações, à exceção da infração 2 (ocorrência em 31/12/2004) e a multa da infração 9 que foram atingidas pela decadência, com a devida extinção do crédito tributário.

Em seguida os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer do I. Procurador, Dr. Jose Augusto Martins Junior, o argumento recursal dos créditos tributários não merecem abrigo, pois as condutas descritas na autuação não possuem amparo no campo normativo do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, por não ocorrer à situação de pagamento do imposto antecipado. Ressaltou ainda, com relação à infração 3, que a suposta inidoneidade documental se revela patente, tendo em vista que a referência ao lançamento no livro fiscal não são suficientes para comprovar a idoneidade da nota.

Arguiu, no tocante à infração 4, que ser contrária a Decisão da presente Junta de Julgamento Fiscal seria transgredir a norma constitucional referente ao princípio da não cumulatividade. Ainda, sobre a infração 6, ressaltou que a memória de cálculo esta devidamente acostada às fls.

57/58, corroboradas pelas notas fiscais de fls. 59/97, não havendo desta forma a ausência de demonstrativo.

Ademais, acerca da infração 9, que através das fls. 149/157 dos autos verifica-se que o autuado não utilizou do sistema de processamento de dados apenas para escrituração de livros, mas também para emissão de documentos fiscais, ficando obrigado a apresentação dos registros 54, 60R e 75.

Por fim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, encaminhando o presente feito para a devida manifestação do CONSEF.

VOTO VENCIDO

O presente processo administrativo fiscal, ora em análise, envolve o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo para impugnar a Decisão prolatada pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF N° 0105-04/11.

Das 9 infrações lançadas de ofício pela autuante, a Decisão de 1º grau decretou, de ofício, em análise de preliminar, a nulidade da infração 8, com fundamento no inciso III, art. 18 do RPAF/99. As demais infrações foram mantidas válidas e após análise do mérito, foram julgadas procedentes, ainda que a infração 3 não tenha sido julgada por unanimidade dos i. julgadores da referida Junta de Julgamento Fiscal.

Da análise das argüições **preliminares** do recorrente, de ofício, excetuou a infração 9, pois pude constatar uma clara incongruência entre a descrição dos fatos e a imputação fiscal consignados no Auto de Infração concernente a esta infração, caracterizando assim um claro vício que a inquinava de total nulidade com base no que preceitua o art. 18 do RPAF/99.

Quanto as demais infrações preliminarmente combatidas, entendo que elas estão revestidas das formalidades legais previstas no Direito Administrativo, Processual e Tributário, tendo sido cumprido pelo Fisco Estadual, desde a lavratura da autuação e durante toda a fase de instrução processual, todos os requisitos legais exigidos pelo RPAF/99, tendo sido garantido ao recorrente o direito a ampla defesa e ao contraditório.

No que tange a **preliminar de mérito** trazida pelo recorrente em sua peça recursal, esta argui que todos os lançamentos de ofício mantidos pela 4^a JJF estão alcançados pelo instituto da DECADÊNCIA, exceto o lançamento da infração 2, com fato gerador em 31/12/2004 e o da infração 9, que trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, cujo fato gerador foi também em 31/12/2004.

Compulsando os autos, à luz dos documentos acostados e da legislação aplicável, acolho as argüições do recorrente acerca da DECADÊNCIA das infrações acima citadas, inclusive excetuando, tal como admitido na peça recursal, a infração 2 em relação ao fato gerador de 31/12/2004 e a infração 9, com a mesma data do fato gerador, ou seja, 31/12/2004.

Para tanto, trago à baila as argumentações abaixo esposadas que reiteram a minha convicção sobre essa matéria, já externada em votos anteriores de minha lavra. Assim sendo, entendo serem insubsistentes todos os lançamentos de ofício contidos no AI, em epígrafe, cujos fatos geradores são anteriores a 29 de dezembro de 2004, por terem mais de 05 anos em relação a data da lavratura da autuação, ocorrida em 29 de dezembro de 2009.

Antes de mais nada, verifico 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 estão atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante n° 08 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubstancial 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 08 (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 PROVÍDO. 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 PROVÍDO. 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 incontestável 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 08, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prespcionais 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.

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 08 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 nº 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. 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 perquira 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 dispostos 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 05 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, 05 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo do quanto acima exposto, voto para julgar pela DECADÊNCIA dos lançamentos de ofício cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe, ou seja, infração 1 (exceto o lançamento cujo fato gerador foi em 31/12/2004), infrações 2, 3, 4, 5, 6 e 7.

Isto posto, adentrando ao mérito, ao rigor do RPAF/99, só me cabe afastar infrações elencadas no parágrafo acima, julgando-as improcedentes por estarem alcançadas pela DECADÊNCIA.

No que se refere ao mérito do lançamento de ofício da infração 2 não alcançado pela DECADÊNCIA, ou seja, aquele referente ao fato gerador datado de 31/12/2004, alinho-me com a Decisão da e. JJF, inclusive tal lançamento não foi objeto explícito do Recurso Voluntário.

Assim sendo, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Com todo o respeito que tenho pelas brilhantes decisões proferidas pelo n. Conselheiro Relator do presente processo uso discordar do seu entendimento em relação à preliminar de mérito apresentada e a respeito dos prazos decadências cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração e à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências e mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração. Os lançamentos referem-se, entre outros, ao exercício de 2004. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2005 e se encerra em 31/12/2009. O Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2009.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, açambarca todos os aspectos ora postos no presente voto.

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de 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:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o

parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.

Desta forma, discordo do n. relator e rejeito a preliminar de decadência suscitada a respeito das infrações 1 (exceto o lançamento cujo fato gerador foi em 31/12/2004), 02, 03, 04, 05, 06 e 07 e adentro ao mérito das infrações recorridas, com exceção da infração 09, com cuja decisão do n. relator me alinho.

Na infração 2, o recorrente é acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (maio e setembro de 2004 e janeiro de 2005). Como bem pontuado pelo n. relator, ao se referir a presente infração, alinho-me com a Decisão da e. JJF, inclusive tal lançamento não foi objeto explícito do Recurso Voluntário. Mantido o ICMS conforme lançado no Auto de Infração e a decisão recorrida.

A infração 3, de igual forma, trata da utilização indevida de crédito fiscal referente a documento fiscal falso ou inidôneo. O voto vencedor proferido pela JJF trata a questão em lide de maneira minuciosa e precisa. Seria apenas repetitivo consignar, novamente, as questões expostas. Em assim sendo, alinhando-me com o voto vencedor proferido pela 1ª Instância, o tomado como se aqui estivesse transcrito, a decisão recorrida é mantida em sua totalidade.

Na infração 4, a empresa é acusada de ter utilizado a maior crédito fiscal, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação. Restou provado de que a empresa, antes de ter efetuado o recolhimento lançou a seu favor ICMS por antecipação parcial, usando o período de referência e não o de pagamento para a correspondente quantia creditada. A alegação do recorrente é de que não causou, com esta situação, qualquer prejuízo ao Erário. De maneira acertada, a JJF rebateu tal argumento e demonstrou que a fiscalização, ao reconstituir a conta corrente fiscal da empresa, provou o prejuízo que ela havia dado ao Estado ao desobedecer à norma tributária vigente.

Infração caracterizada e mantida a Decisão recorrida.

Por fim, a infração 6, diz respeito à falta de recolhimento do tributo decorrente das aquisições de mercadorias de produtores rurais ou extratores não inscritos no Cadastro Estadual, na qualidade de responsável solidário (janeiro a novembro de 2004). A infração encontra-se embasada no demonstrativo juntado às fls. 57/58, e as cópias das notas fiscais às fls. 59/ 97.

O argumento do recorrente é de que esta infração não se fez acompanhar de demonstrativo, requerendo a sua nulidade.

Embora o n. relator tenha afastado, de maneira geral, as nulidades arguidas no recurso interposto, entendo ser necessário afastar especificadamente tal pedido de nulidade, o que ora faço, pois a afirmativa do recorrente não espelha a realidade dos fatos, como demonstram o levantamento e notas fiscais acima citados.

No mérito, o art. 39, VIII, RICMS/97 determina a responsabilidade solidária do adquirente em relação às operações de compra de mercadorias originárias de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal.

Infração caracterizada e mantida a decisão da JJF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO, de ofício, do Recurso Voluntário interposto para manter inalterada a decisão da JJF em relação às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 e alinhando com a Decisão do n. relator, declarar nula a infração 9.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar nula a infração 9 e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206969.0010/09-3, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA. (SUPERMERCADO MARIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.658,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 13.223,57, 70% sobre R\$2.435,30 e 100% sobre R\$1.999,87, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f” e “d” e VII, “a”, III e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Carlos Henrique Jorge Gantois e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS