

PROCESSO	- A. I. Nº 149269.0001/08-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S.A. (KSR DISTRIBUIDORA)
RECORRIDOS	- VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S.A. (KSR DISTRIBUIDORA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0030-01/10
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 29/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/12

EMENTA: ICMS. 1. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou comprovado o cometimento da infração. Infração subsistente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA NÃO TRIBUTÁVEL. Autuado apresenta elementos de provas que elidem integralmente a autuação. Infração insubsistente. 3. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes optantes pelo Regime SimBahia, não é aplicável nas vendas de mercadorias adquiridas de terceiros. Também não é aplicável a alíquota de 7% nas vendas realizadas para contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto". Restou comprovado o cometimento da irregularidade apontada na autuação. A "consulta" formulada não tem o condão de produzir efeitos jurídicos, diante da inobservância às determinações legais. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. No caso desta imputação a multa prevista no art. 42, II, "d" da Lei n. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, somente pode ser aplicada sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 28/11/2007, data de vigência da nova redação, em conformidade com o § 1º do referido artigo. Como a autuação diz respeito a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, a infração é insubsistente. Não acolhida a argüição de decadência. Decisão por maioria. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão prolatada, relativa às infrações 6 e 8, bem como Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 28 de março de 2008, com exigência de R\$566.842,00 de ICMS, acrescido da multa de 60% através do Acórdão JJF Nº 0030-01/10 (fls. 482 a 495), relativamente às infrações 4 e 7, que se reportam às seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 4. Utilização indevida de crédito fiscal, diante da apropriação do valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no mês de março de 2004, sendo exigido ICMS

no valor de R\$ 37.866,87, acrescido da multa de 60%. Consta que o crédito foi utilizado no mês de março de 2004, ao passo que o recolhimento ocorreu em abril de 2004;

INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 340.399,18, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a venda de papel com imunidade, em desacordo com o previsto no §2º do art. 6º do RICMS/BA, conforme demonstrativo anexado aos autos;

INFRAÇÃO 7. Recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 173.640,02, acrescido da multa de 60%. Consta se referir às saídas para empresas inscritas no SIMBAHIA, de produtos adquiridos de terceiros, com a alíquota de 7%, e também relativa às saídas para empresas na condição de normal, com a alíquota de 7%, nos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrado;

INFRAÇÃO 8. Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação compradas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, setembro, novembro e dezembro de 2004, no valor R\$ 12.071,32.

Assim se posicionou o órgão de primeiro grau em sua Decisão:

“Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o autuado reconhece integralmente as infrações, 01, 02, 03 e 05, inclusive, efetuando o recolhimento do valor exigido na autuação. Insurge-se contra as infrações, 04, 06, 07 e 08.

A princípio, no que concerne à argüição de decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao período de janeiro de 2004, por entender o impugnante que deve ser aplicada a disposição do artigo 156, V, c/c o artigo 150, § 4º, do CTN, que prevêem o prazo de 05 (cinco) anos para constituição dos tributos declarados ao Fisco, sujeitos ao lançamento por homologação, como ocorre com o ICMS, certamente não pode prosperar.

Isso porque as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN.

Na realidade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, tendo a Fiscalização, de forma acertada, efetuado o lançamento correspondente à parcela não recolhida.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento de 2004, se iniciou em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.

Como o lançamento ocorreu em 28/03/2008, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu corretamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nos 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08, sendo que neste último reproduzo abaixo trecho do voto do eminentíssimo relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

‘Incialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.'

Não acolho, portanto, a decadência argüida.

No que concerne à infração 04, apesar de o impugnante alegar que o crédito fiscal no valor de R\$ 37.866,88, não foi utilizado em março de 2004, mas somente em abril daquele mesmo ano, constato que assiste razão a autuante, haja vista que, efetivamente, o autuado utilizou o crédito fiscal relativo à antecipação parcial no mês de março de 2004, conforme comprova o livro Registro de Apuração do ICMS, assim como, também utilizou no mês de abril de 2004, quando efetuou o recolhimento em 26/04/2004, conforme documento de arrecadação à fl. 246. Infração mantida.

Relativamente à infração 06, constato que a juntada pelo impugnante dos documentos Atos Declaratórios Executivos – ADE e notas fiscais (fls. 248 a 441), elide integralmente a autuação, pois comprovam a realização das operações amparadas com a imunidade do imposto, fato confirmado pela própria autuante.

Vale registrar que houve por parte do impugnante um equívoco, quando solicitou que fossem anexados os novos demonstrativos elaborados pela autuante, relativos às notas fiscais que sobraram.

Na realidade, conforme esclarecido pela autuante não foi anexada ao processo qualquer relação de notas fiscais, tendo em vista que ao excluir da relação os contribuintes com Atos Declaratórios Executivos – ADE, e os contribuintes que não compraram papel imune, só restaram notas fiscais de saídas de outros produtos ou de papel com ICMS destacado, consequentemente, ficando extinta integralmente a infração 06. Infração insubsistente.

No respeitante à infração 07, observo que abrange duas situações. A primeira, diz respeito à realização de operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros com destino a empresas optantes pelo Regime SimBahia, com aplicação da alíquota de 7%.

O cerne da questão deste item da autuação reside no fato de se determinar se cabe ou não a aplicação da alíquota de 7% por parte do autuado que, apesar de se tratar de um estabelecimento industrial, realizou operações de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros.

A meu ver, assiste razão a autuante, haja vista que a condição para o contribuinte aplicar a alíquota de 7% prevista no art. 51, inciso I, alínea "c" do RICMS/BA, é para vendas promovidas por estabelecimentos industriais destinadas a empresas enquadradas no SimBahia, de produtos industrializados por ele próprio ou outro estabelecimento da mesma empresa, não alcançando os produtos adquiridos de terceiros.

Para admitir-se o procedimento adotado pelo autuado, que no caso está operando apenas na condição de atacadista, haja vista que revende mercadorias adquiridas de terceiros para outros comerciantes, forçosamente teria que se admitir, também, que qualquer estabelecimento atacadista poderia realizar tais operações, pois ao comercializar mercadorias adquiridas de terceiros, outra coisa não está fazendo o estabelecimento industrial senão atuar como atacadista. Certamente, seria uma concorrência desleal patrocinada pelo Estado da Bahia, o que constitucionalmente ou mesmo legalmente não é permitido.

Observo que a resposta dada pela Coordenação de Orientação da SEFAZ, aventada pelo impugnante como favorável à aplicação da alíquota de 7% nas vendas de mercadorias adquiridas de terceiros para contribuinte SimBahia, em nenhum momento aponta nesse sentido. Apenas diz que a alíquota de 7% é aplicável desde que não se trate de produtos considerados supérfluos ou produtos da substituição tributária, não mencionando expressamente que é cabível quando as vendas forem relativas às mercadorias adquiridas de terceiros.

Obviamente que a resposta foi dada em face do questionamento apresentado pelo autuado que no caso foi o seguinte, conforme consta na peça de defesa: se estaria autorizada "a gozar dos benefícios oferecidos pelo Decreto 6284/97, artigos 51/52, inciso I e II, o qual beneficia o contribuinte enquadrado no SIMBAHIA a comprar com alíquota reduzida de 7%". Como se vê não houve qualquer questionamento sobre a realização de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros.

Evidentemente que tal questionamento deveria ser feito, mesmo porque não é comum um estabelecimento industrial realizar vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, mas sim daqueles produtos que industrializa.

Assim sendo, considero correta a exigência fiscal quanto a este item.

A segunda situação refere-se à realização de operações de saídas de mercadorias com destino a contribuinte cadastrado no CAD/ICMS na condição de "normal" com aplicação da alíquota de 7%.

Observo que o impugnante sustenta que não comercializou mercadorias beneficiadas com a alíquota de 7% para empresas sujeitas ao regime normal de apuração do imposto, mas apenas a empresas optantes pelo Simbahia, razão pela qual não admite ter realizado vendas com a aplicação de alíquota de 7% nas vendas de mercadorias para empresas na condição normal.

Atribui o equivoco a possibilidade de ter a autuante verificado a situação cadastral atual das empresas, diversa daquela existente ao tempo dos fatos geradores 2003 e 2004, sendo possível que as empresas relacionadas como “normais” fossem optantes pelo regime de apuração do Simbahia ao tempo dos fatos geradores.

Cita a titulo ilustrativo a situação de clientes que são efetivamente Simbahia, no caso das Notas Fiscais n.s 56261 e 56763, (doc. 06), mas que constam como contribuintes “normais” no levantamento fiscal.

Requer a realização de diligência, com fulcro no art. 145 do RPAF, a fim de se verificar a situação cadastral em 2003 e 2004 das empresas relacionadas pela fiscalização como condição normal, o que segundo diz demonstrará a improcedência da infração 07 neste particular.

Inicialmente, no que concerne ao pedido formulado pelo sujeito passivo de realização de diligência, considero desnecessária a sua efetivação, haja vista que os elementos disponíveis para consulta permitem comprovar ou não a alegação defensiva. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, I, do RPAF/99.

Conforme consta no sistema da SEFAZ – “INC Informações do Contribuinte”, as Inscrições Estaduais referentes aos destinatários – clientes – do autuado, arroladas na autuação têm as seguintes condições:

Inscrição Estadual n. 045.018.192 – até 31/12/2004 esteve na condição de normal passando a condição de SimBahia, a partir de 01/01/2005. Assim sendo, está correta a exigência quanto a esta inscrição;

Inscrição Estadual n.048.085.753 – de 01/05/2001 a 31/08/2003 esteve na condição de SimBahia, passando a condição de normal em 01/09/2003. Vale registrar que a exigência fiscal relativa a esta inscrição começa apenas a partir de 01/09/2003. Correta a autuação;

Inscrição Estadual n. 059.890.153 – até 05/001/2004 esteve na condição de SimBahia. A partir de 06/01/2004, passou a condição de normal indo até 09/10/2005. Correta a exigência;

Inscrição Estadual n.026.159.322 – até 31/01/2004 esteve como SimBahia. A partir de 01/02/2004 passou a condição de normal até 312/01/2006. Portanto, correta a exigência;

Inscrição Estadual n.042.340.089 – até 31/05/2004 esteve como SimBahia. A partir de 01/06/2004 até 01/11/2005 esteve como normal. Correta a exigência;

Inscrição Estadual n. 056.680.861 – até 31/03/2003 esteve como SimBahia. A partir de 01/04/2003 passou a condição de normal. Correta a exigência;

Inscrição Estadual n. 039.349.057 – até 31/03/2003 esteve como SimBahia.A partir de 01/04/2003 até 31/05/2003 esteve como normal. Vale registrar que a exigência relativa a esta inscrição alcança somente o mês de maio de 2003. Correta a exigência;

Inscrição Estadual n. 059.860.057 – de 10/07/2003 a 31/10/2003 esteve como normal. A partir de 01/11/2003 passou a condição de SimBahia.Correcta a exigência;

Inscrição Estadual n.094.726.960 – consta no período de 2003, como normal. Vale observar que a exigência referente a esta inscrição diz respeito apenas a um período de março de 2003, no valor de R\$ 125,68. Correta a exigência;

Inscrição Estadual n. 045.003.729 – consta como normal, inexistindo qualquer alteração no período autuado.

Assim, considero a exigência referente a este item da autuação também correta.

Diante do exposto, a infração 07 é integralmente subsistente.

No tocante à infração 08- Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente -, observo que o impugnante alega que não há previsão legal para a aplicação da multa de 60%, pela ausência de previsão legal, em relação a fatos geradores ocorridos em 2004.

Argumenta o autuado que a multa indicada no Auto de Infração está prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96, cuja redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhida, somente foi dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, sendo que, antes de 28.11.2007, a redação se reportava apenas àquela situação em que o imposto não fosse recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares.

Certamente assiste razão ao impugnante, haja vista que a alteração processada no §1º do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei n. 10.847/07, com a inclusão da expressão “inclusive por antecipação parcial”, somente passou a produzir efeitos a partir de 28/11/2007, significando dizer que no período anterior a esta data não cabe a aplicação da multa prevista na alínea “d” do inciso II do mencionado artigo.

Assim, tendo em vista que a exigência fiscal diz respeito a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, considero insubsistente esta infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo subsistentes as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 07 e insubsistentes as infrações 06 e 08, devendo ser homologado o valor recolhido.”

Frente à sucumbência da Fazenda Pública Estadual, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de outubro de 2000.

Cientificada do julgamento, o autuado, por intermédio de seus advogados interpôs Recurso Voluntário (fls. 508 a 525), onde, após historiar o lançamento, e os principais atos nele contidos, argumenta que a Decisão prolatada não há de prosperar, diante dos motivos que pretende destacar, relativamente às infrações 4 e 7.

Preliminarmente, argui a decadência do lançamento, argumentando que a Decisão atacada seguiu a jurisprudência consolidada deste órgão, contudo expõe a sua argumentação no sentido de “*quiçá – impulsionar a modificação do entendimento sobre a matéria*”.

Entende que o órgão “*a quo*” apegou-se à primeira parte do § 4º do artigo 150 do CTN, todavia, entende que tal interpretação é incorreta.

Isso, por que ao tempo da edição do CTN, não havia a exigência constitucional de que certas matérias tributárias fossem necessariamente veiculadas por lei complementar. Tanto é assim, que tal diploma legal foi aprovado como lei ordinária, sendo recepcionada, *a posteriori* como se lei complementar fosse, por força de disposição constitucional.

Aduz que a intenção do legislador do CTN se curvou à do artigo 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal, cujo teor transcreve, por entender que “*no panorama atual, portanto, as leis ordinárias municipais, estaduais ou federais muito menos os decretos executivos, não podem dispor sobre normas gerais sobre decadência tributária, como é o caso, p. ex., do termo inicial da contagem de prazo decadencial para homologação do autolançamento de ICMS*”.

Afirma que inexiste dúvida de que a contagem de prazo decadencial é considerada norma geral em matéria de legislação tributária, diante da edição da Súmula Vinculante nº. 08 do STF, e que por consequência, na interpretação que realiza do CTN, conforme a Carta Magna, é que o artigo 150, § 4º é a única norma válida para dispor a respeito de decadência tributária.

Transcreve Ementa de julgado do STJ, no REsp 180879SP em favor de seu argumento, para reafirmar que não resta dúvida de que deve ser reconhecida a decadência do direito de rever o lançamento no prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, razão pela qual os valores lançados com data anterior a 3 de abril de 2003 devem ser excluídos.

No mérito, após descrever a infração 4, informa que no livro Registro de Apuração do ICMS relativo ao mês de abril de 2004 foi apropriado corretamente o crédito fiscal em discussão, após o recolhimento da antecipação parcial do ICMS ocorrida em 26 de abril de 2004, ao invés do mês de março como consta na infração, inexistindo a mesma, portanto, produzindo prova através de cópia do livro fiscal mencionado, emitido por meio eletrônico.

Já em relação à infração 7, entende que a divisão realizada pelo relator, segregando duas situações, foi sábia, vez que entendeu existentes duas situações: i. operações de saídas com destino a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, e ambulantes; ii. Operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros com destino a empresas optantes do regime SimBahia.

Quanto ao primeiro item, entende que pode ter havido equívoco do autuante, ao analisar a situação cadastral dos adquirentes das mercadorias, vez que na época dos fatos geradores encontravam-se inscritas no SIMBAHIA, razão pela qual solicitou, e teve negada diligência, sendo o julgamento realizado com base nos dados fiscais dos contribuintes.

Tendo o julgamento provado que, de fato, a autuação encontrava-se correta, não contesta o mesmo quanto a este aspecto, e sim, apenas, contra as operações de saídas de mercadorias

adquiridas de terceiros com destino a empresas optantes do regime SIMBAHIA, que se constituiria na segunda parte da acusação fiscal.

Entende que o artigo 51, inciso I, alínea ‘c’ do RICMS/97, cujo teor transcreve, é claro quando determina que as saídas de **estabelecimentos industriais** (grifo do recorrente), em operações internas, com destino a empresas inscritas no SimBahia devem ser tributadas a 7%.

E avança no raciocínio, ao adentrar na legislação do programa DESENVOLVE, em relação ao qual menciona o artigo 3º do Decreto nº. 8.205/02, para concluir que a intenção do legislador foi a de que “**todas as saídas do estabelecimento industrial se sujeitam à alíquota de 7%, nas condições impostas pelo art.51, inciso I, ‘c’**”.

Após transcrever parte da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, aduz que o fato de comercializar produtos adquiridos de terceiros não a transforma em estabelecimento atacadista, o que, sendo verdadeiro, levaria a pleitear benefícios tais como diferimento, redução de base de cálculo, etc.

Entende que caso a redação do artigo 51 ensejasse distorção, caberia ao Estado da Bahia editar norma legal alterando a mesma, não podendo, entretanto, deixar de aplicá-lo, o que viola a segurança jurídica, ainda mais pelo fato de consulta realizada à SEFAZ não vedou a aplicação da alíquota de 7%, motivo pelo qual reitera que a resposta dada, respalda seu entendimento, e torna a autuação quanto a este aspecto improcedente.

Passa a interpretar o artigo 51 do RICMS/97, para afirmar que o legislador tinha pleno conhecimento do sentido técnico, ao aplicar a norma, além do que vige o princípio da legalidade estrita, motivo pelo qual questiona onde se encontra a vedação à aplicação da alíquota de 7%.

Conclui, abordando a consulta realizada e sua resposta, aduzindo ser injusto que neste momento seja autuado, diante da prática realizada, razão pela qual a infração deve ser julgada parcialmente improcedente, vez que ao arrepro do artigo 65 do RPAF/99.

Parecer da PGE/PROFIS (fls. 542 a 545), após breve relato dos fatos, posiciona-se no sentido de que o entendimento da Chefia é não se aplicar o entendimento do STF manifestado na Súmula Vinculante nº. 08 no caso vertente, podendo a lei estadual dispor sobre prazo decadencial relativamente a seus tributos.

Diz, ainda, que o artigo 150 do CTN estabelece que o prazo decadencial de cinco anos para homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como é exemplo o ICMS.

Após transcrever o artigo 150 do CTN e seu § 4º, indica que a legislação baiana, respaldada em tal dispositivo, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial, transcrevendo o artigo 28, § 1º do COTEB.

Cita Paulo de Barros Carvalho, para suportar seu raciocínio, bem como transcreve parcialmente Ementa de Decisão do TRF 4ª Região, para rejeitar a argumentação recursal de ocorrência de decadência dos fatos geradores do ano de 2003.

No tocante à infração 4, observa que a autuante verificou na escrita do contribuinte que o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial ocorreu em 26 de abril de 2004. Todavia, o crédito fiscal foi lançado em março de 2004, anteriormente ao recolhimento.

Quanto à infração 7, entende que o recorrente dá interpretação equivocada ao artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, transcrito, vez que tal alíquota de 7% se aplica exclusivamente a mercadorias saídas de estabelecimentos industriais e destinados a empresas inscritas como ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte.

Questiona o entendimento de “saídas de estabelecimentos industriais”, para responder que são, neste caso, “*as mercadorias produzidas pelas indústrias localizadas na Bahia*”. A seguir, informa que o recorrente é empresa que adquire mercadorias de terceiros e as revende a empresas categorizadas como microempresas e de pequeno porte, não agindo, neste caso, como industrial, mas sim, como atacadista, não fazendo jus ao benefício da redução de alíquota

prevista no artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, e que tal benefício deve ser interpretado de forma restrita, não cabendo o alargamento pretendido pelo recorrente.

Conclui, opinando pelo não acolhimento das razões recursais, e pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Na sessão de julgamento, a advogada do recorrente, sustentou oralmente o Recurso, repisando as alegações já postas, e reiterando a sua argumentação, e ao final, requereu que em caso de sucumbência quanto à infração 07, fosse a empresa dispensada do recolhimento de juros e multa, além do que, por se encontrar amparada pela consulta formulada, que fosse dispensada do recolhimento de qualquer acréscimo em relação à parcela lançada, pela aplicação do artigo 100, incisos I e II, ver ter cumprido estritamente o disposto na legislação, além do que, vencida quanto a este argumento, se aplique o disposto no § 8º, do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96, diante do fato de não ter agido com dolo, fraude ou simulação, transcrevendo decisões judiciais a respeito.

VOTO

Analisarei, inicialmente, o Recurso Voluntário, em relação ao qual observo que se refere às infrações 4 e 7 do lançamento tributário.

Quanto à preliminar argüida, que diz respeito a existência da decadência parcial, no período abarcado pela autuação, diante do entendimento do recorrente de ter a mesma ocorrido, mencionando em seu amparo, inclusive a Decisão do STF motivador da edição da Súmula Vinculante nº 8 impende afirmar-se que quando da edição de tal Súmula Vinculante, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho, 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.

Aquele órgão, após análise jurídica do conteúdo e alcance da citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina 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 órgão julgador.

Foi suscitada por essa CJF a questão da decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo consta nos autos, os fatos geradores ocorreram no ano de 2003, e o lançamento encontra-se com data de 28 de março de 2008, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre o teor da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, de conhecimento de todos, a respeito da matéria.

Assim 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”.

Inicialmente, importante observar-se 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 constitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária.

Todavia, apenas somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão 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.

A partir da análise dos seus fundamentos, verifica-se que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular

vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é esclarecedora e resume e enriquece toda a discussão.

"EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE."

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA

DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

(RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)"

Diante deste inequívoco pronunciamento, claro está que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos 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 STF.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação implicaria um verdadeiro desrespeito 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, à vista de tais considerações, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, artigo invocado pelo recorrente ao seu amparo, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei. Nesse ponto, impende fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: 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, 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 ao meu entender, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está 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.

Como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, 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, instituidoras de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, 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, entendo necessário tecer algumas observações em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia.

Ao meu entendimento, e com a devida *vénia*, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa discussão. Verifico que a 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, sem haver 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 função da 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.

Entendo, ainda, que da resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia. Daí se depreende 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.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, 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.

Com a edição da Súmula em debate, 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 tem opinado 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, 5 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 sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício.

Daí, para sabermos qual a regra deva ser usada, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, 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”

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

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

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe 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)".

Desse modo, em reforço a tal argumentação, e consoante pacificada jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, conforme já mencionado, o prazo decadencial conta-se na forma do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE A QUO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN).

(...)

3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (artigo 173, I, do CTN).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag nº. 1.315.679/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgamento ocorrido em 02 de junho de 2011).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ICMS. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (RECURSO REPETITIVO - RESP 973.733-SC).

1. O tributo sujeito a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício substitutivo, que deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

(...)

3. Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo de o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte (Precedentes da Primeira Seção: AgRg nos EREsp 190287/SP, desta relatoria, publicado no DJ de 02.10.2006; e ERESP 408617/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 06.03.2006).

(...)

5. À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº. 973.733/SC, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais Recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

6. Agravo regimental desprovido

(AgRg no REsp. n. 1.074.191/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 2-3-2010, DJe de 16-3-2010).

Frise-se que não estou aqui negando efeito à Súmula Vinculante do STF, muito ao contrário, pois a sociedade vive ao império da lei, e do princípio da legalidade. Todavia, as decisões acima enunciadas não se reportam à Decisão acerca de matéria previdenciária, tal como a que baseou a Súmula Vinculante nº. 08, mas, especificamente, a ICMS, tributo que se discute nesta oportunidade.

Observe-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício é regulado, repito, pelo artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo diploma legal.

Acerca desta matéria, a festejada professora Misabel de Abreu Machado Derzi, aborda a questão com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, páginas 912 e 913).

Dessa forma, não poderia ser outro o meu entendimento, diante dos argumentos acima expostos.

Logo, da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2004, findando-se em 31 de dezembro de 2008. Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2009.

Assim, claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2005, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo, vez que o lançamento deu-se em 28 de março de 2008.

Por tais razões, afasto a decadência argüida pelo recorrente, rejeitando a preliminar levantada, vez que o processo administrativo tributário, sob pena de nulidade, obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, que no caso presente, foram rigorosamente obedecidos, razão pela qual adentro no exame de mérito.

No mérito, abordarei, inicialmente, a infração 04, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal, diante da apropriação do valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, vez que o crédito foi utilizado no mês de março de 2004, quando o recolhimento ocorreu em abril de 2004, ou seja, de forma antecipada.

O recorrente traz em sua peça a alegação de que inexiste o débito, diante da escrituração fiscal do mês de abril de 2004, cujas cópias acosta na peça recursal, o que entende, descaracterizaria a autuação quanto a tal item, vez que, contrariamente ao contido no Auto de Infração, o crédito foi apropriado no mesmo mês no qual foi recolhido o imposto correspondente ao mesmo.

Em relação à mesma, os documentos acostados aos autos, às fls. 20 a 23, são cópias do Livro Registro de Apuração de ICMS do recorrente, e foram trazidos pela autuante, quando da realização do trabalho de auditoria na empresa. Já as cópias acostadas em sede de Recurso Voluntário, de fls. 527 a 530, foram emitidas em 26 de março de 2010, conforme se depreende da

observação constante no rodapé da fl. 530, além do que se referem ao mês de abril de 2004, e não do mês de março de 2004, período em discussão no presente processo.

Dessa forma, diante do fato de que a prova oferecida pela autuante se reveste de fé de ofício, além da credibilidade e anterioridade de seus dados, o que levou, inclusive, à autuação, não posso acolher aquelas cópias do Livro RAICMS trazidas pelo recorrente, motivo pelo qual fica mantida a infração.

No tocante à infração 07, observo da leitura da relação de DAEs constante à fl. 24 dos autos, bem como da ficha de inscrição cadastral constante nos autos, que a atividade na qual o recorrente desenvolve é a de “Comércio Atacadista de Artigos de Escritório e de Papelaria”, CNAE 4647801. Por consequência, embora reconheça todo o esforço da defesa do recorrente, incabível o benefício de aplicação de venda com alíquota de ICMS de 7%, na forma prevista no artigo 51, inciso I, alínea 'c' do RICMS/97, o qual preceitua que, não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cuja alíquota será de 7% nas operações com mercadorias saídas de quaisquer **estabelecimentos industriais** situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo), diante da atividade do recorrente, que não atende ao requisito primordial de ser estabelecimento industrial, e sim, comercial. (grifo do relator)

Quanto à consulta formulada pelo recorrente, no entender de Hugo de Brito Machado “...o processo de consulta tem por fim ensejar ao contribuinte oportunidade para eliminar dúvidas que tenha na interpretação da legislação tributária. A consulta pode ser feita diante de um caso concreto, já consumado, como diante de uma simples hipótese formulada pelo contribuinte.” (Curso de Direito Tributário, 28ª edição, 2007, Editora Malheiros, pág. 472).

A formulação de consulta junto à administração tributária é uma das muitas manifestações do direito de petição. A consulta administrativo-tributária permite ao contribuinte obter orientação segura a respeito da interpretação e da aplicação da legislação tributária a um caso concreto que envolve **sua atividade**, permitindo que ampare sua conduta em entendimento vinculante para os órgãos fazendários. A consulta tributária permite ao contribuinte conhecer, com antecedência, a interpretação oficial e autorizada sobre a incidência da norma tributária e, assim, planejar a vida fiscal, prevenir conflitos e evitar a aplicação de penalidades, ou seja, é indicativo de lisura do contribuinte, pois se caracteriza como ação de quem quer agir de conformidade com o direito.

Formulada a consulta, o consultante tem o direito de obter uma resposta escrita e fundamentada, pois a sua resposta constitui um ato administrativo que deve preencher todos os requisitos de validade próprios dos atos administrativos em geral.

Certo é que o processo administrativo de consulta produz pelo menos dois efeitos, quais sejam a suspensão do curso do prazo para pagamento do imposto, em relação à situação que esta sendo discutida, e o impedimento, até o término do prazo fixado na resposta, para o início de qualquer procedimento fiscal destinado à apuração de infrações relacionadas com a matéria consultada.

Observe-se que a apresentação de consulta pelo contribuinte ou responsável, traz como consequências a suspensão do curso do prazo para pagamento do imposto, em relação à situação sobre a qual for pedida a interpretação da legislação aplicável, bem como impedirá, até o término do prazo fixado na resposta, o início de qualquer procedimento fiscal destinado à apuração de infrações relacionadas com a matéria consultada.

Os efeitos da consulta, se resumem à hipótese de se o imposto for considerado devido, a atualização monetária será devida em qualquer hipótese, bem como, em relação aos acréscimos legais, se a consulta for formulada no prazo previsto para o recolhimento normal do imposto e se o interessado adotar o entendimento contido na resposta no prazo que lhe for assinalado, não haverá incidência de multa de mora e juros moratórios.

Já se a consulta for formulada no prazo previsto para o recolhimento normal do imposto e se o interessado não adotar o entendimento contido na resposta no prazo que lhe for assinalado, a multa de mora e os juros moratórios incidirão a partir do vencimento do prazo fixado na resposta, ao passo que se a consulta for formulada fora do prazo previsto para o recolhimento normal do imposto e se o interessado adotar o entendimento contido na resposta no prazo que lhe for assinalado, a multa de mora e os juros moratórios incidirão até a data da formulação da consulta.

No caso da consulta ser formulada fora do prazo previsto para o recolhimento normal do imposto e se o interessado não adotar o entendimento contido na resposta no prazo que lhe for assinalado, a multa de mora e os juros moratórios incidirão, sem qualquer suspensão ou interrupção, a partir do vencimento do prazo para o pagamento normal do imposto fixado na legislação.

Impende lembrar que o resultado de cada consulta, sendo específico o seu objeto, apenas atinge ao consulente, e não atinge a mais ninguém.

Isso porque, no entender de Hugo de Brito Machado, “*a resposta a uma consulta não é simples manifestação de um ponto de vista pela autoridade fiscal. Se contrária ao contribuinte, tem o efeito de obrigá-lo a assumir o entendimento nela contido, sob pena de sofrer penalidade cabível, ensejando, por isto a impetração de mandado de segurança contra a autoridade ou órgão por ela responsável, se favorável ao contribuinte vincula a Administração Tributária.*” (Curso de Direito Tributário, 28ª edição, 2007, Editora Malheiros, pág. 472).

Todavia, no caso concreto, a consulta formulada, cuja cópia consta às fls. 428 e 429 não obedeceu aos procedimentos constantes na legislação, a respeito da formulação da consulta, especialmente o disposto nos artigos 55 com a redação então vigente (Obedecida a disciplina do art. 8º, a consulta conterá a descrição completa e exata da matéria objeto da dúvida, bem como, se for o caso, a informação da ocorrência de fatos ou atos passíveis de gerar obrigação tributária principal, e será encaminhada via Internet ou entregue na Inspetoria Fazendária do domicílio fiscal do consulente), 67, inciso I (É competente para responder à consulta a respeito da legislação tributária estadual o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda) e 72 do RPAF/99 (O consulente será cientificado da resposta dada à consulta ou do despacho que determinar seu arquivamento por inépcia ou ineficácia: *i.* via Internet; *ii.* através da Inspetoria de seu domicílio fiscal, quando não for possível efetuá-la via Internet, ou quando o consulente não acessar o sistema informatizado da Secretaria da Fazenda no prazo previsto no § 1º, hipóteses em que será fornecida cópia da resposta ou Decisão, mediante recibo).

Na verdade o que se tem é um e-mail dirigido ao plantão fiscal, no qual a resposta, como não poderia deixar de ser, além de dada por pessoa sem a devida competência legal para tal, diante de solicitação realizada sem a obediência aos preceitos legais que regem a instituição da consulta, informa reitera que a aplicação do dispositivo invocado pelo recorrente (artigo 51, inciso I, alínea ‘c’ do RICMS/97) se aplica apenas a “*estabelecimentos industriais situados neste estado*”.

Diante disso, a resposta concedida foi induzida a erro, diante do fato de que o recorrente omitiu a sua condição de estabelecimento comercial, e não industrial, conforme já relatado acima, de forma que seu resultado restou prejudicado, diante de tal equívoco na formulação por parte do recorrente. Afirme-se, ainda que as consultas formuladas de forma correta se encontram no sistema de Consulta de Pareceres Tributários (CPT) da Secretaria da Fazenda, e nele nada se reporta à eventual consulta formulada pelo recorrente a respeito de tal matéria.

De forma objetiva o artigo 65 do RPAF/99, determina que a observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período.

Nota que em momento algum houve desobediência ou falta de aplicação deste artigo por parte do Fisco, diante da condição de estabelecimento comercial do recorrente, expresso no seu CNAE, opção adotada pela mesma, quando de sua inscrição no cadastro estadual. Apenas e tão somente a empresa, de acordo com seu contrato social e objetivo comercial, pode e deve determinar quais

as atividades que pretende exercer, e neste caso concreto, o recorrente informou que a sua **atividade é comercial**, e não contrariamente ao que afirma em todo o processo, industrial.

Nesse ponto, afirme-se que à vista de tais elementos, jamais a consulta pode produzir os efeitos abordados anteriormente, e, consequentemente, eximir o recorrente de sua responsabilidade tributária, sequer suspender a incidência de juros ou acréscimos moratórios, como pleiteia.

Frise-se que o voto atacado pelo Recurso do sujeito passivo, é muito preciso e didático, a ponto de enumerar detalhadamente, a situação cadastral de diversos contribuintes, em reforço à Decisão adotada.

Dessa forma, não pode prosperar o entendimento do recorrente, diante de tal fato, vez que, faltando o requisito legal, fica vedada a aplicação de alíquota reduzida, cabendo, no caso de operações internas com empresas de pequeno porte, microempresas ou ambulantes, bem como operações de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiros, a aplicação da alíquota normal para as operações, a saber, 17%, como, aliás, muito bem pontuou o opinativo da PGE/PROFIS, diante do fato de que o recorrente, repito, omitiu a sua condição de estabelecimento atacadista comercial, bem como a resposta foi dada diante, não de uma situação fática posta, mas sim, da norma expressa, ou seja, em tese, e com o vício da omissão da condição da requerente, além de desobedecer às formalidades estabelecidas na legislação.

Quanto ao pleito de exclusão de juros e penalidades na forma do artigo 100 do Código Tributário Nacional, em seu parágrafo único, bem como o artigo 42, § 2º da Lei nº. 7.014/96, algumas observações merecem ser feitas.

Na verdade, quando o recorrente invoca o § 2º do artigo 42 da Lei 7.014/96, acredito que queira se referir ao § 8º, pelo fato daquele parágrafo foi revogado pela Lei nº. 11.899, de 30 de março de 2010, publicada no DOE de 31 de março de 2010, com efeitos a partir do dia imediatamente posterior, se referindo a dispensa de emissão de documento fiscal.

Diante do que o recorrente pretende, entendo que o § 8º da Lei nº. 7.014/96 atenderia, ao determinar que “*poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento*”.

Diante da remessa da lei para a disposição regulamentar, vejamos qual o comando do mesmo: no artigo 169, § 1º do RPAF/99, encontra-se expressa disposição de que cabe à Câmara Superior deste órgão a apreciação de pedidos de tal natureza, por infração à obrigação principal ao apelo de eqüidade, nos termos do artigo 159 do mesmo dispositivo legal. Dessa forma, tal pedido deve ser feito de forma autônoma, atendidos os requisitos legais.

Por outro lado, a redação do mencionado artigo do CTN diz que “*a observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo*”. Isso significa dizer que a exclusão da imposição de penalidade, ou mesmo de acréscimo de natureza moratória, ou ainda, atualização de valor, encontra-se condicionada à “*observância das normas*”.

Como já discorrido anteriormente, a consulta não obedeceu aos procedimentos legais, e como vivemos ao império do princípio da legalidade, a submissão á lei, deve se realizar, não somente em relação aos direitos, como, de igual modo, aos deveres, o que no caso presente não ocorreu.

Dessa forma, entendo que tal pleito não pode ser acolhido.

Por tais razões, entendo que o Recurso Voluntário não deva ser provido, mantida a Decisão anteriormente emanada da Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto ao Recurso de Ofício, vemos que as infrações 6 e 8 são objeto de convalidação da instância superior, tendo a desoneração ocorrido em função de elementos de prova trazidos ao processo pela empresa autuada, em estrita consonância com o princípio da verdade material.

Na infração 6, ou seja, o fato do recorrente ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, diante da constatação de venda de papel com imunidade,

em desacordo com o previsto no §2º do art. 6º do RICMS/BA, este órgão, recentemente apreciou questão semelhante, no qual figurava como autuada a empresa Suzano Papel e Celulose S. A., não sendo matéria apreciada de forma inédita, permitindo-me, inclusive, transcrever parte do voto prolatado pela ilustre Conselheira Mônica Roters, apreciando, de igual forma, Recurso de Ofício:

“E em conclusão acertada, ressaltou que bastava ‘ao industrial ou distribuidor exigir do adquirente o respectivo Regime Especial, procedimento que foi atendido pelo autuado, o qual relacionou os adquirentes e os regimes concedidos, os quais não foram contestados pelo preposto fiscal’”.

A este respeito, algumas considerações merecem ser postas: A legislação estadual, especialmente o RICMS/97, estabelece em seu artigo 6º, parágrafo 2º, com o seguinte comando:

“§2º - A não incidência do ICMS na operação com papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos dependerá, ainda, de que os fabricantes, os distribuidores, os importadores, as empresas jornalísticas, as editoras e gráficas, envolvidos na operação, possuam registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, instituído pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº. 1593, de 21/12/1977, e que, na nota fiscal que acobertar o transporte da mercadoria, haja referência ao Ato Declaratório Executivo da Receita Federal que concedeu o referido registro especial.”

Dessa forma, temos o Decreto-Lei nº. 1593, de 21 de dezembro de 1977 e, posteriormente, o RCIMS/97 com a alteração introduzida pelo Decreto nº. 8.375/02 estabelecem que a responsabilidade por eventual desrespeito à destinação é atribuída à pessoa que, tendo recebido o papel imune, não lhe der a finalidade constitucional, e não ao vendedor da mercadoria, o qual não dispõe de poder para fiscalizar o destino do mesmo, e constatar a utilização que ensejaria a imunidade constitucional. Todavia, tal legislação, condiciona que na nota fiscal que acobertar o transporte da mercadoria, haja referência ao Ato Declaratório Executivo da Receita Federal que concedeu o referido registro especial. Independentemente de serem os destinatários fabricantes, os distribuidores, os importadores, as empresas jornalísticas, as editoras e gráficas.

Já a Instrução Normativa SRF nº. 71, de 24 agosto de 2001, dispõe sobre registro especial para estabelecimentos que realizem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, e institui a Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle de Papel Imune (DIF) - Papel Imune, o que significa dizer que as operações realizadas com imunidade devem mencionar tal registro especial.

E foi justamente este registro que embasou a Decisão de primeiro grau, a qual, desta forma, elidiu o débito tributário, juntamente com os documentos fiscais acostados às fls. 248 a 441, fazendo com que a infração fosse julgada improcedente, Decisão que ao meu entender, não merece reparo.

Na infração 08, o cerne da autuação é a aplicação da lei no tempo, vez que a acusação, que vem a ser a imposição de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, setembro, novembro e dezembro de 2004.

O que se discute, quando se aborda a aplicação da lei no tempo não é saber qual é a lei em vigor, mas sim saber qual a lei que se aplica a certa situação jurídica, quando esta esteve em contacto com diferentes leis, no decurso do tempo. Assim, o problema da aplicação da lei no tempo convoca-nos para o exercício de compatibilizar as regras de aplicação das leis com os direitos e expectativas das pessoas, de acordo com um princípio de justiça.

Sobre o conceito de “vigência”, Luciano Amaro nos ensina que: *“Lei em vigor é aquela que é suscetível de aplicação, desde que se façam presentes os fatos que correspondam à sua hipótese de incidência. Essa possibilidade de aplicação supõe que a norma tenha sido validamente editada, isto é, que tenha atendido ao ritual previsto para sua elaboração e obedecidos os demais limites formais e materiais que balizam o processo legislativo”.*

Isso significa dizer que a lei quando entra em vigor revela seu potencial para alcançar fatos e a possibilidade de produzir efeitos jurídicos. A lei vigente é o esboço da realidade da norma incidente, e não poderia ser diferente.

A cobrança efetivada na autuação reitere-se, foi de penalidade pela não realização de antecipação parcial, relativa a fatos ocorridos no exercício de 2004. Esta não é questão nova submetida à apreciação deste órgão.

A instituição de tal penalidade pela não realização da denominada "antecipação parcial" deu-se em função da alteração processada no §1º do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96, por intermédio da Lei nº. 10.847/07, a qual trouxe no seu bojo a incorporação àquele dispositivo legal da expressão "*inclusive por antecipação parcial*", sendo os seus efeitos produzidos a partir de 28 de novembro de 2007, significando dizer que como a penalidade lançada cinge-se a período anterior a esta data descabe a aplicação da multa prevista na alínea "d" do inciso II do mencionado artigo 42, diante da impossibilidade de retroagir a lei, para a imposição da penalidade pretendida pela autuante.

Obviamente, uma norma inexistente em 2004, jamais poderia produzir qualquer efeito jurídico, ainda mais diante do entendimento doutrinário a respeito da matéria ora apreciada.

Dessa forma, os elementos trazidos ao feito pelo recorrente, no sentido de elidir a autuação quanto a este item, obtiveram o necessário poder de desaparecer a motivação que levou à autuação, sendo o posicionamento do "*a quo*", no meu entendimento, correto.

Note-se que o julgamento realizado observou o regramento legal, bem como buscou de forma incontestável a verdade dos fatos, sendo a desoneração baseada em fatos e dados numéricos, além da aplicação de princípio de direito no tempo. Por tais razões, o Recurso de Ofício não deve ser provido.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e mérito)

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar da sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 28/03/2003.

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 28/03/2003, 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 28/03/2003, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 28/03/2003, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na medida em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 28/03/2003 e, no mérito, voto no sentido de tornar IMPROCEDENTE as operações alcançadas pela decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, 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 149269.0001/08-0, lavrado contra **VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S.A. (KSR DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.371,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d”, “f” e VII, alíneas “a”, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado, pela repartição competente, o valor efetivamente recolhido.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Valtercio Serpa Júnior, 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 de Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

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

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA -REPR. DA PGE/PROFIS