

**PROCESSO** - A. I. Nº 110427.0042/08-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FALCÃO & SILVA LTDA. (MERCEARIA ECONÔMICO)  
**RECORRIDOS** - FALCÃO & SILVA LTDA. (MERCEARIA ECONÔMICO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0383-05/09  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 26/12/2012

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0406-12/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Comprovado que o sujeito passivo recolheu a menos o imposto entre outubro de 2003 e setembro de 2006. Infração caracterizada em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) EMPRESA ENQUADRADA NO SIMBAHIA. A exigência do ICMS por antecipação parcial deve ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração caracterizada. b) EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. a) CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àsquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Por falta de previsão legal, a infração é nula no que se refere ao período em que o autuado esteve enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Infração nula. b) NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. O aparecimento posterior dos

documentos não afasta o ilícito. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Vencido o voto relator. Recurso de Ofício **NÃO CONHECIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso Voluntário e de Ofício em relação à Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/2008 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$38.599,66, em decorrência do cometimento de 6 (seis) infrações.

*Infração 01 - recolhimento a menor de ICMS, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SimBahia. Anexos I a IV do AI. Valor exigido de R\$ 900,00. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96;*

*Infração 02 - falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Anexos VI a X do Auto de Infração. Valor de R\$ 667,82. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “d” da Lei nº 7.014/96;*

*Infração 03 - recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo XI do AI. Valor exigido de R\$ 4.259,58. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 01 da Lei nº 7.014/96;*

*Infração 04 - recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa enquadrada no Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo XI do AI. Valor exigido de R\$ 197,32. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 01 da Lei nº 7.014/96;*

*Infração 05 - omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartões de débito / crédito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras. Valor exigido de R\$ 32.114,94. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96;*

*Infração 06 - extravio de 150 jogos de notas fiscais série única MEI, conforme informação por escrito prestada ao Fisco, sem que tenha cumprido os ditames do art. 146, I e II do RICMS/BA (informar no prazo de oito dias e comprovar o montante das saídas consignadas nos documentos, com o pagamento do imposto). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XIX da Lei nº 7.014/96.*

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 290 a 301, e informação fiscal às fls. 391 a 395.

Após concluída a instrução, a 5ª JJF julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme voto abaixo colacionado, *in litteris*:

### “VOTO

*Relativamente à infração 5, autuação concernente aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2007, importa sublinhar que foi equivocadamente fundamentada nos arts. 2º, parágrafo 3º, VI, 50, I; 124, I e 218 do Decreto nº 6.284/97, conforme item “ENQUADRAMENTO” do corpo do Auto de Infração. Nestes meses, o sujeito passivo encontrava-se sob o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Portanto, assiste razão ao autuado no que se refere à nulidade da autuação relativa aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2007, por inexistência de previsão legal para exigir o tributo, situação que afronta o princípio da legalidade, plasmado no art. 2º do RPAF/99. A declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Por falta de previsão legal, a infração é nula no que se refere ao período em que o autuado esteve enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Infração 05 nula, declarada de ofício.*

*No que tange às demais infrações, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim*

*como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.*

*No tocante à preliminar, que é de decadência e não de prescrição, cabem algumas considerações iniciais antes de julgá-la, pois há uma notória confusão entre os dois institutos, absolutamente distintos.*

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

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

*Não há muito que tergiversar sobre o tema, visto que não existem lançamentos anteriores a 2003, conforme alegou o sujeito passivo. Afasto a preliminar de decadência.*

*No que se refere à suposta agressão ao princípio da proibição do confisco na aplicação das multas, verifico que as mesmas estão devidamente previstas nos dispositivos legais mencionados no relatório. Portanto, a exigência é legítima. Eventual inconstitucionalidade de dispositivo de lei não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto.*

*No mérito, com referência ao período compreendido entre 2005 e 2006, em que a impugnante rotulou-se isenta, constato que a alteração número 50 do RICMS/BA, que modificou o art. 386-A, estabeleceu isenção para as microempresas, a partir de 01/09/2005, com receita bruta inferior a R\$ 100.000,00, sendo que o sujeito passivo não preenche tal requisito, conforme documento de fl. 46 (excerto de artigo à fl. 392). Infração 01 caracterizada*

*Em relação às infrações 2, 3 e 4 o autuado alega que recolheu o tributo com os códigos 1828, 2175 e 1145, mas não apresentou provas suficientes para afastar as pretensões deduzidas nas infrações, o que demanda a aplicação dos arts. 142 e 143 do RPAF/99. Argumentou também que os débitos cobrados através deste Auto de Infração encontram-se quitados, conforme documento extraído dos sistemas da SEFAZ e anexado aos autos.*

*Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. A exigência do ICMS por antecipação parcial deve ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Verifico que o autuante elaborou o demonstrativo Anexo I, prestando os esclarecimentos (fls. 396 a 399) sobre os valores mantidos e os excluídos das infrações 2 e 3. Acato o mencionado demonstrativo, de modo que o valor da infração 02 fica reduzido de R\$ 667,82 para R\$ 596,96 e o da infração 3 de R\$ 4.259,58 para R\$ 2.515,40. Mantidos os valores da infração 4, visto que o contribuinte nada trouxe aos autos.*

*Com relação à infração 6 - capciosos ou não os motivos, ainda porque ao Direito Tributário não interessam aspectos de ordem subjetiva -, restou comprovado, através do documento de fl. 44, o extravio de talões de notas fiscais. O aparecimento futuro dos mesmos não afasta o ilícito, que conturbou os trabalhos de fiscalização e ocorreu em flagrante desobediência ao quanto disposto no art. 146, I e II do RICMS/BA (informar no prazo de oito dias e comprovar o montante das saídas consignadas nos documentos, com o pagamento do imposto). Ademais, extravio não é sumiço, e o aparecimento posterior dos documentos, como dito, em nada modifica a infração. Infração 06 caracterizada.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 4.669,68".*

Houve interposição do Recurso de Ofício pela 5ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 02 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000, vigente a época da Decisão, devido a desoneração ocorrida nas infrações 2, 3 e 5, enquanto que, inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 423 a 426, objetivando a revisão do julgamento, no que tange as infrações 1, 2, 3, 4 e 6.

Inicia sua irresignação com as seguintes palavras:

*"É inaceitável que nos tempo atuais um único Procurador saia em gozo das suas merecidas férias e não haja um substituto, prejudicando o andamento da Secretaria da Fazenda bem como dos contribuintes que com as suas contribuições e pesadas multas sustentem o Estado, Isso é um retrocesso e deve ser combatido com fora e garra. Estamos fazendo nossa parte com este protesto".*

Afirma que a Decisão prolatada pela 5ª JJF deve ser modificada pelas razões já expostas na sua defesa, bem como a legislação pertinente. Explica que depois de expedida a Decisão, procurou a Secretaria da Fazenda para esclarecimentos quanto ao valor do débito, foi orientada a procurar a Procuradoria Estadual e lá foi informada das férias do Procurador sem substituto. Diante disso, disse que o presente Recurso foi sua ultima alternativa.

Alega que houve um erro grave quando da inspeção que culminou com o Auto de Infração, que fulmina todo o processo, pois não é possível separá-lo em partes certas e partes erradas.

Fala que o Fiscal deixou de observar não só as regras de direito tributário como também regras da própria Secretaria da Fazenda. Diz que errou quando dos lançamentos e não lançamento das vendas em cartões, fato que reconhece, alegando que a culpa não é só dela, mas do próprio Órgão fiscalizador que nunca se preocupou em ensinar ou preparar as pequenas empresas de como prestar contras à própria SEFAZ de todo o produto que comercializa.

Assevera que, após análise de toda a documentação e do Auto de Infração, não houve recolhimento a menor do imposto no período fiscalizado, o que leva a necessidade da exclusão da multa. Argumenta que a antecipação do pagamento do imposto foi efetuada e, devido a internet, os valores foram lançados no site da SEFAZ, sendo automaticamente expedidas as guias para pagamento.

Em relação às Notas Fiscais extraviadas, propala que foram localizadas e imediatamente colocadas à disposição do órgão fiscalizador, que sequer se preocupou em examiná-las.

Diz que a *"prescrição deve aplicada posto que legal e o próprio Código Tributário Nacional faz menção a mesma, não podendo, portanto, ser ignorada pelo órgão fiscalizador"*. Fala que as multa também devem ser subtraídas, posto que ilegais e que as provas *"encontram-se na própria Secretaria da Fazenda, já que tudo hoje é lançado via internet e todos os dados em relação aos contribuintes do Estado da Bahia estão acumulados, armazenados em pastas que são acessadas apenas pelos funcionários do órgão preparados para tal função"*.

Propala que jamais omitiu, ocultou ou escondeu talões de notas fiscais, que os talões não apareceram por acaso ou houve um suposto extravio. Argumenta que quando encontradas, foram apresentadas, sem que houvesse nenhuma visita da fiscalização para sua conferência. Fala que a honestidade do contribuinte se comprova com a apresentação dos talões extraviados e não "supostamente extraviados" como afirmou a JJF.

Repete que foi requerida a improcedência do Auto de Infração pelas alegações da defesa e em especial por haver equívocos cometidos pelo Fiscal da Secretaria da Fazenda. Anuncia que o imposto devido dos talões extraviados são reconhecidos como devidos pelo Recorrente, mas que as multas aplicadas e os acréscimos moratórios não são devidos por falta de amparo legal, em especial como os fatos aconteceram.

Ao final, pede pela procedência do seu Recurso para excluir da condenação todas as multas e acréscimos e correções.

Após, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise e emissão de Parecer.

Em Parecer de fls 429 a 433, a i. procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, depois de um breve histórico dos fatos, do Acórdão recorrido e da irrisignação tracejada pelo Recorrente, analisa o protesto da empresa quanto a falta de um Procurador substituto.

Aponta que inexistente nas razões recursais indicação do dia que o autuado teria comparecido à Procuradoria Fiscal ou qual funcionário teria dado a informação da ausência de substituto do Procurado. Observa que até o presente momento a Procuradoria não tinha sido instada a se manifestar, sendo esta autuação, até então, completamente desconhecida da Procuradoria Fiscal. Sem saber que dia se deu o ocorrido, informa que a Procuradoria Fiscal funciona em ambos os turnos, e diariamente há um Procurador plantonista para prestar atendimento ao contribuinte.

Assevera também que *"Como na resta claro no Recurso voluntário a que Procurador o recorrente se refere, mas imaginado por óbvio que seria o Procurador Chefe da PROFIS, esclarecemos que sempre já substituto em caso de férias do mesmo, inexistindo a hipótese ventilada pelo recorrente. Assim, na ausência por férias do Procurador Chefe, necessariamente já a nomeação de substituto temporário"*.

Quanto a análise do mérito do Recurso Voluntário apresentado, aponta que o autuado não apresenta qualquer dado fático ou jurídico capaz de provocar a revisão do lançamento, mas tão somente nega o cometimento das infrações. Diz que a autuação apurou corretamente as infrações, que ela fez demonstrativos de débitos e, após a defesa, em sede de informação fiscal, o autuante elaborou novos demonstrativos, sendo a empresa intimada para se manifestar. Alega que no presente PAF foi observado o devido processo legal e o direito de ampla defesa.

Renova a afirmação de que o autuado não apresentou qualquer documento que fosse capaz de alterar o julgamento de base, lembrado que, consoante o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidira presunção de legitimidade da autuação.

Adiante, passa a dispor sobre a prescrição. Cita e transcreve o art. 174 do CTN e as duas posições doutrinárias sobre o início da contagem do prazo da prescrição. Fala que o posicionamento do STJ é no sentido de que o crédito tributário está definitivamente constituído quando está esgotada a instância administrativa para o contribuinte, não podendo ele mais se valer de qualquer Recurso administrativo. Colaciona jurisprudência do referido Tribunal nesta acepção, lição de do professor Ives Gandra da Silva Martins, para concluir que não houve a prescrição no caso em tela.

Quanto a manifestação sobre as multas aplicadas, mostra que todas elas estão previstas no art 42 da Lei 7.014/96 e que cabe aos órgãos administrativos a sua aplicação. No mesmo sentido alega que os acréscimos moratórios estão previstos em lei, consoante o art. 102 do COTEB - Código Tributário da Bahia, motivo pelo qual diz que fenece razão ao Recorrente em alegar inexistência de amparo legal.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em assentada de julgamento do dia 30 de março de 2011, essa e. 2ª CJF decidiu da conversão do feito em diligência (f.s 436) com o encaminhamento do processo à Procuradoria Estadual para que fosse emitido um Parecer sobre a Súmula Vinculante nº 8, que versa sobre a decadência do crédito tributário.

Em 03.11.11, o i. Procurador Geral do Estado, o Senhor Rui Moraes Cruz, em sucinta resposta (fls. 439), manifesta-se no Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica de título *"PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO"* afirmando que não foi acolhida a proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009, devendo os processos sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.

Ademais, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolheu a sugestão da Procuradora Chefe em exercício, para que tal Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica retornasse *"à PROFIS para que seja elaborada uma 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"*.

Após a reposta do Procurador Chefe, foi emitido novo Parecer da PGE/PROFIS (fls. 440 a 446), da lavra do i. Procurador José Augusto Martins Junior, com uma breve explanação dos fatos, do Recurso e do cerne da questão. Entende que é válida a norma do art. 28 COTEB e não se aplica ao caso em lide o entendimento da SV 08 do E. STF.

Quanto à decadência, alega que devido a interpretação sistemática dos art. 150, §4º e 173, I do CTN, fica destituída de qualquer lógica jurídica a tese da ocorrência de decadência. Passa a explicar o que entende por lançamento por homologação e sua eficácia quanto da existência ou não do pagamento antecipado para efeito de decadência.

Diz que no lançamento por homologação, o sujeito passivo realiza o acerto do imposto e realiza o pagamento antecipado do tributo, mesmo sem qualquer ato da administração fazendária, ficando a extinção do crédito adstrito à condição resolutória da homologação expressa ou tácita da autoridade fiscal. Explica que o Fisco tem o prazo de 05 anos, a contar do fato gerador, homologar se o tributo foi pago. Logo, se não houve pagamento, não pode-se aplicar a norma prescrita no art. 150, §4º, mas o art. 173, I do CTN que diz que o prazo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Alega que o pagamento antecipado é elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, ou seja, sem a antecipação do pagamento não já que se falar em lançamento por homologação e, por conseguinte, não há o que ser homologado. Cita lição do professor Luciano Amaro para o socorre de sua tese e jurisprudência do TRF da 4ª Região.

Conclui dizendo que o COTEB fixa no art. 107-A o mesmo ao estabelecido no art. 173, I do CTN, estando essas normas plenamente válidas e eficazes, uma vez que a Súmula nº 08 fala em contribuição previdenciária, tributo diferente do ICMS, inclusive nos métodos de lançamentos.

Quanto à assertiva do recorrente em relação ao descumprimento da legislação tributária, o n, Procurador assevera que a tese não merece qualquer amparo, pois não trouxe o Recorrente qualquer prova de suas alegações, sendo somente alegações genéricas.

Em conclusão, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência)**

Tratam-se de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos contra a Decisão emanada pela 5ª JF, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe. As infrações 1, 4 e 6 foram consideradas procedentes, as infrações 2 e 3 parcialmente procedentes e a infração 5 nula, conforme o quadro abaixo:

Infração	Julgamento	Valor Original (R\$)	Valor pós Julgamento (R\$)
Infração 01	Procedente	900,00	900,00
Infração 02	Parcialmente procedente	667,82	596,96
Infração 03	Parcialmente procedente	4259,58	2.515,40
Infração 04	Procedente	179,32	179,32
Infração 05	Nula	32.114,94	0,00
Infração 06	Procedente	460,00	460,00
		Total - infrações	4.192,68
		Total - Geral	4.652,68

Portanto, são objetos do Recurso de Ofício as desonerações ocorridas nas infrações 2, 3 e 5 e do Recurso Voluntário, as infrações 1, 2, 3, 4 e 6.

Começo a análise do Recurso de Ofício.

O art. 3º do recente Decreto nº 13.537 de 17 de maio de 2012, alterou a redação do art. 169 do RPAF que versa sobre os requisitos para a interposição e apreciação dos Recursos de Ofício, *in verbis*,

*“Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.”*

Portanto, como a desoneração feita em decorrência do julgamento de primeira instância não superou o novo valor legal previsto para que seja apreciado o Recurso de Ofício por umas das

Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho, entendo que o presente Recurso não deve ser conhecido.

Assim, passo para o julgamento do Recurso Voluntário.

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de reconhecimento da decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 18/12/2003 e a nulidade do Auto de Infração em epígrafe. Também houve a interposição de Recurso de Ofício para análise das reduções realizadas no julgamento de primeiro grau nas infrações 1, 2, 3 e 4.

*Ab initio*, passo a analisar a questão preliminar sobre a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação ao presente PAF. O Recorrente sustentou em defesa que, no caso em tela, houve a prescrição, entretanto, como muito bem explanado na Decisão de piso, não se trata de prescrição, mas decadência, vez que o crédito tributário ainda não fora constituído.

Portanto, quanto à questão da decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, o contribuinte relata que os fatos geradores ocorreram em 2003 e a autuação foi lançada somente em 22.12.2008, ou seja, cinco anos após parte de fatos geradores lançados no presente Auto de Infração.

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

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

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

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

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

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

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

*segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)*

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

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

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei, conforme suscitou a i. Procuradora no seu Parecer de fls. 440 a 446.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer 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.

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.

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, salta aos olhos 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.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS às fls. 439, de 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. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, 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! 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.

Nesse contexto, devo 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, 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 de Fazenda, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de

forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

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

Como 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. 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.

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 nº 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)”*

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de decadência com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Desse modo, percebo que a caracterização deve advir da lei, caso a caso.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 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 nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 22/12/2003 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançadas pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Passo para análise do Recurso Voluntário quanto às ocorrências não atingidas pela decadência.

Primeiramente mesmo não sendo arguidas questões de específicas de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que as imputações foram claramente delineadas, as bases de cálculo foram determinadas conforme os valores previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito e relatórios TEF das operações realizadas com pagamento por meio de cartão, referentes à autuação em discussão, conforme certidão de fls. 286, e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Assim, afastos as alegações de nulidade do Auto de Infração.

Adentro ao exame do mérito.

Quanto à infração 1, não há uma irresignação específica, mas tão somente pedidos genéricos improcedência e exclusão da multa.

Entretanto, a i. 5ª JJF, baseada na informação fiscal de fls 391 e seguintes, julgou caracterizada a infração com o seguinte argumento: "*constato que a alteração número 50 do RICMS/BA, que modificou o art. 386-A, estabeleceu isenção para as microempresas, a partir de 01/09/2005, com receita bruta inferior a R\$ 100.000,00, sendo que o sujeito passivo não preenche tal requisito, conforme documento de fl. 46*"

Na informação fiscal realmente consta que a alteração 50 do RICMS, modificou o art. 386-A do regulamento, estabelecendo isenção para as microempresas enquadradas no SimBahia, com receita bruta no ano anterior inferior a R\$ 100.000,00.

Entretanto, pela leitura das notas com as modificações ocorridas no artigo 386-A, depreendo que a alteração que modificou a redação do referido artigo 386-A, com efeitos a partir de 01/09/2005 foi a alteração nº 64 e não a de nº 50. Além disso, o limite de isenção estabelecido pela alteração nº 64 foi de R\$ 144.000,00, conforme abaixo transcrevo:

***"Redação anterior dada ao caput do art. 386-A pela Alteração nº 64 (Decreto nº 9513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05), efeitos de 01/09/05 a 30/06/07:***

*"Art. 386-A. A microempresa pagará mensalmente o imposto correspondente aos seguintes valores fixos, a serem determinados em função da receita bruta no ano anterior, nos termos do art. 384-A, e sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à antecipação ou substituição tributária, sendo esta:*

*I - inferior ou igual a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais): dispensado o pagamento;*

*II - acima de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) e até R\$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais): R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais);*

*III - acima de R\$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) e até R\$ 252.000,00 (duzentos e cinquenta e dois mil reais): R\$ 120,00 (cento e vinte reais);*

*IV - acima de R\$ 252.000,00 (duzentos e cinquenta e dois mil reais) e até R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais): R\$ 190,00 (cento e noventa reais);*

*V - acima de R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais) e até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais): R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais);"*

***Redação anterior dada ao caput do art. 386-A pela Alteração nº 50 (Decreto nº 8868, de 05/01/04. DOE de 06/01/04), efeitos de 01/05/04 a 31/08/05:***

*"Art. 386-A. A microempresa pagará mensalmente o imposto correspondente aos seguintes valores fixos, a serem determinados em função da receita bruta ajustada do ano anterior, nos termos do art. 384-A, e sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à antecipação ou substituição tributária, sendo esta:*

*I - inferior ou igual a R\$ 100.000,00 (cem mil reais): dispensado o pagamento;*

*II - acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e até R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais): R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais);*

*III - acima de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) e até R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais): R\$ 120,00 (cento e vinte reais);*

*IV - acima de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) e até R\$205.000,00 (duzentos e cinco mil reais): R\$ 190,00 (cento e noventa reais);*

*V - acima de R\$ 205.000,00 (duzentos e cinco mil reais) e até R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais): R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais)."*

Assim, ao contrário do que o Fiscal autuante e o n. Relator apontaram, entendo que, mesmo após ajustadas as receitas brutas da empresa (fls 46, 47, 48), nos anos de 2005 e 2006 gozavam da isenção prevista no art. 356-A, I, conforme a alteração nº 64, que teve efeitos entre 01/09/05 a 30/06/07.

Portanto, entendo que a infração 1 é parcialmente procedente, devendo ser excluídas as ocorrências dos anos de 2005 e 2006, nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2005 e setembro de 2006, nos valores respectivos de R\$25,00, R\$25,00, R\$25,00, R\$25,00 e R\$ 55,00

mais os meses de outubro e novembro de 2003, devido a decadência, R\$ 55,00 e R\$ 55,00, reduzindo o valor da infração para R\$580,00.

Quanto as infração 2 e 3, do mesmo modo que ocorreu na 1, vejo que não houve uma contestação específica, mas tão somente uma afirmativa de que houve o pagamento de todos os tributos e uma pedido genérico de redução de multa.

Como o Recorrente não trás nenhuma prova nova que desabone o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante as fls. 396 a 402, que reduziu os débitos das infrações 2 e 3 e que foi integralmente acolhido pela JJF, entendo que não há nenhum retoque a ser feito a Decisão de piso, por força do que consta no art. 143 do RPAF.

Aponto que após a informação fiscal de fls 390 e seguintes, o Recorrente foi intimado a se manifestar, mas quedou-se em silêncio. Da mesma forma, em sede de Recurso, não trouxe aos autos nenhum questionamento específico ou dúvida sobre os valores revisados.

Infrações 2 e 3, mantidas, conforme julgamento de piso.

Também na infração 4, vejo que não deve ser alterada o julgamento de base, pois, como nas infrações 2 e 3, o Sujeito Passivo somente argumenta que houve o pagamento do tributo, mas não colaciona aos autos qualquer prova de suas alegações. Dessa forma, por força do art. 143, entendo que o Contribuinte não conseguiu elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Quanto à infração 6, relativo ao extravio de 150 jogos de notas fiscais cuja penalidade está prevista no inciso XIX do art. 42 da Lei 7.014/96, versa o §3º do mesmo artigo:

*§ 3º Na aplicação da multa prevista no inciso XIX, concomitantemente com a penalidade, poderá ser feito o arbitramento do valor das operações ou prestações a que se referirem os documentos perdidos ou extraviados.*

Dessa forma, não se aplica ao caso em questão o preceituado no §5º do referido artigo que prevê a absorção da multa pelo descumprimento da obrigação acessória pela obrigação principal.

O Recorrente afirma que entregou posteriormente os referidos talões e que os mesmo sequer foram analisados. Pois bem, as assertivas do contribuinte não dão azo a destituição do lançamento de ofício aqui debatido, uma vez que, a obrigação de entregar os talões para que ocorresse a fiscalização do estabelecimento se perfez em momento anterior ao lançamento do Auto de Infração. Só Contribuinte só seria capaz de evitar a infração se, e somente se, tivesse apresentado à fiscalização os documentos requeridos antes da lavratura do Auto de Infração.

Como não o fez, a infração 6 é procedente.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida no que tange ao reconhecimento da decadência e na PROCEDÊNCIA PARCIAL da infração 1, e voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Ofício.

#### **VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)**

Com todo o respeito que tenho pelas brilhantes decisões proferidas pelo n. Conselheiro Relator do presente processo ousou discordar do seu entendimento em relação á 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 mantenho 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, a ocorrências datadas de antes 22/12/2003. No caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2004 e se encerra em 31/12/2008. O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2008.

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

*Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:*

“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. Quanto ao mérito acompanho o voto do relator pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em relação à infração 1.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0042/08-8**, lavrado contra **FALCÃO & SILVA LTDA. (MERCEARIA ECONÔMICO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.054,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$3.458,02 e 60% sobre R\$596,96, previstas no art. 42, incisos I, “b”, itens 1 e 3 e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XIX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR  
(Preliminar de decadência)

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