

PROCESSO	- A. I. N° 206925.0018/10-0
RECORRENTE	- DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA. (GALPÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0269-05/11
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0431-11/12

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Preliminar de decadência rejeitada. Preliminar de nulidade prejudicada. De ofício, revista à multa aplicada e concedido o crédito presumido de 8%. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF, a qual, através do Acórdão n° 0269-05/11, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS, no valor de R\$10.386,86, acrescido de multa de 70% decorrente da infração assim descrita:

"Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito."

"Levantamento efetuado conforme planilha anexa ao Auto de Infração, ressaltando-se que no período o estabelecimento estava enquadrado indevidamente como empresa de pequeno porte e inscrito no SimBahia, sendo documentos acostados ao processo administrativo n° 219275/2008-6."

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte, através de advogado, apresentou impugnação tempestiva (fls. 38 a 53) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 72 a 81).

Prosseguindo a tramitação processual, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, proferindo Decisão de teor adiante reproduzido:

"Cumpre antes examinar as preliminares de decadência e nulidade arguidas pelo autuado. Quanto à decadência, o Art. 167 do RPAF veda aos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade, e o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, em seu Art. 28, estabelece a contagem do prazo de decadência de 5 (cinco) anos, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente da efetivação do lançamento, e sendo assim, rejeito essa preliminar. Quanto à nulidade, aduz que a falta de fundamentação na exclusão do SimBahia, configura cerceamento do direito de defesa, porém não se observam, nos presentes autos, quaisquer hipóteses de cerceamento de defesa. Todo o procedimento que culminou com a saída do autuado do regime de apuração simplificada de ICMS foi acompanhado pelo contribuinte, que teve acesso e ciência das provas que embasaram a Decisão.

O Termo de Exclusão do SimBahia, de 09.06.2010 (fl. 27), além da publicação no Diário Oficial do Estado, foram atos que culminaram a própria exclusão, mas as provas que serviram à Decisão foram colhidas ao longo de vários procedimentos.

O relatório conclui os indícios de interposição de pessoas na constituição das empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, cujo desmembramento tinha o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no SimBahia, posteriormente SIMPLES NACIONAL.

Foi encaminhado o relatório para a Procuradoria Geral do Estado – PGE, a fim de emitir Parecer sobre o caso

e o consequente desenquadramento das empresas do SimBahia, visando à exigência do imposto com base no regime normal de apuração. O Parecer nesse sentido da Procuradora não somente foi integralmente acolhido, em 25.02.2010, como fez remessa do expediente ao Ministério Público Estadual e o Federal para fins de apuração da ocorrência de crime contra a ordem tributária (fls.24).

Em sendo assim, não há de falar-se em cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa do SIMBAHIA, posto que o próprio autuado recebeu o competente TERMO DE EXCLUSÃO, com explicitação do motivo: “constituição da empresa por interposta pessoa”, além da abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, constando naquela intimação o número do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063, de 05.04.2010 (fls. 10/19).

Foi cumprido o rito do devido processo legal, com ampla defesa, mas suas alegações não foram suficientes para elidir as provas apresentadas pelo fisco, da utilização de interpostas pessoas, na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios inerentes ao processo administrativo fiscal.

Observo ainda que o autuado há seu tempo, após investigação exaustiva dos fatos que originaram a sua exclusão do Regime Simplificado de Apuração do ICMS e cobrança retroativa do ICMS (Termo de Exclusão, fl. 27), ingressou em juízo e impetra Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de suspender os efeitos da exclusão, promovendo a reinclusão no SIMPLES (fls. 67/69). Na concessão da segurança foi confirmada a Decisão liminar para que se promova a reinclusão definitiva no SIMPLES NACIONAL (fl. 70).

Não entendemos, no presente caso, que a escolha da via judicial, implique desistência da defesa e cause a extinção do processo administrativo fiscal, nos termos dos artigos 117 e 122, inciso IV, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que restaria PREJUDICADA a defesa apresentada. O débito, ora exigido, alcança tão somente o período em que a empresa estava enquadrada no SimBahia. Na concessão da liminar, foi promovida a reinclusão no SIMPLES NACIONAL, cujo advento ocorreu em momento posterior ao da lide. Mas, ainda que no curso do andamento deste processo fiscal, venha a empresa apresentar embargos declaratórios em que se confirme que a medida liminar alcança o período do SimBahia, apenas a exigência do crédito tributário ficaria suspensa, obstando ação de cobrança judicial, de acordo com o CTN, e assim, nada impede que o processo siga seu rumo, nos termos do parágrafo 1º do Art. 117 do RPAF, pela qual a defesa estaria prejudicada e inscrever-se-ia o Auto de Infração em dívida ativa, de modo a se esperar a Decisão de mérito da justiça.

No entanto, por hora, não estamos a falar de exclusão do SIMPLES NACIONAL, vigente somente a partir de 01.07.2007 (LC 123/06).

Em decorrência, passaremos a examinar a exigência. A exigência do ICMS se dá retroativamente por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no SimBahia.

Constatou que o todo o procedimento de exclusão obedeceu aos trâmites legais, mediante processo onde foi dada à ampla defesa (Processo Administrativo nº 219275/2008-6), configurando a constituição da empresa com interposição de pessoas, que é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei nº 7.357/98:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”

RICMS/97:

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.”

Constatando-se que as somas das receitas brutas das empresas em questão excedem o teto estabelecido no regime simplificado, restam autorizado o desenquadramento das aludidas empresas da sua condição de EPP e a consequente exigência do ICMS segundo o regime normal de apuração, nos termos da legislação aplicável à espécie. Os artigos supracitados também autorizam expressamente o lançamento do crédito tributário a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento e não a partir da data do desenquadramento

Cumpre observar, no tocante à multa pelo descumprimento da obrigação principal, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo Art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Levando-se em consideração que se trata de infração de natureza grave, a infração se enquadra no inciso IV, alínea "j", do citado dispositivo legal, pelo que fica retificado o percentual da multa para 100%.

Portanto, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso IV, "j" da Lei nº 7.014/96.

Em face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. "

Inconformado, o sujeito passivo apresentou Recurso (fls. 94 a 112), concentrando as suas razões para reforma da Decisão de Primeira Instância na tese da decadência do direito de o Fisco de promover a lavratura do Auto de Infração em discussão e na nulidade do ato de desenquadramento do SimBahia, por cerceamento do direito de defesa.

Asseverou ter tomado ciência do Auto de Infração em 23/12/2010, data em que se constituiu o crédito tributário do Estado da Bahia, envolvendo lançamentos ocorridos em 28/02/2005, 31/03/2005 e 30/04/2005, e que tais fatos, tidos como geradores da obrigação tributária nas citadas datas, encontravam-se decaídos, devendo ser excluídos da autuação fiscal.

Assim, aduziu que, por caber ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, este tributo se classificaria na modalidade de lançamento por homologação, na forma do art. 150 do CTN e o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, através do Auto de Infração lavrado em 20/12/2010, cuja ciência ocorreu em 23/12/2010, não poderia alcançar lançamentos anteriores a 23/12/2005, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores ocorridos em 28/02/2005, 31/03/2005 e 30/04/2005.

Como reforço para sua argumentação trouxe aos autos julgados emanados do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e do STJ, enfatizando que tanto na instância administrativa, quanto na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pois não se admite que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a cinco anos, portanto, esperava, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos mencionados períodos.

Sequenciando, destacou que, em 09/07/2010, foi surpreendido com o recebimento do Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de "constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010".

Frisou que na intimação sequer constou qualquer número de regular processo administrativo precedente, apenas informando sobre o boletim de inteligência fiscal, ao qual lhe foi negado acesso, o que impossibilitou o perfeito conhecimento da acusação.

Suscitou a nulidade do ato, por cerceamento do direito de defesa, destacando que a acusação, na forma como lançada, se apresentava completamente descabida, porquanto a impugnante é constituída pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações e que, em nenhum momento, se fez qualquer produção de prova, pelo menos com a participação do recorrente, o que se mostra indispensável, já que sua exclusão do SimBahia lhe acarretaria um pesado ônus, a exemplo do presente Auto de Infração.

Consignou que a sua exclusão, com efeito, retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, além de injustificada e reproduziu o art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, como suporte para a nulidade, por preterição do direito de defesa, observando que a autoridade fiscal decretou a sua exclusão do SimBahia, informando tão somente que o motivo da infração foi a constituição da empresa por interpostas pessoas, sem demonstrar como chegou a

tal conclusão ou quais provas serviram de embasamento para sua Decisão, configurando indisfarçável cerceamento de defesa, haja vista que o acesso a tais informações seria extrema importância para que pudesse produzir se contrapor.

Nesse sentido, transcreveu ementas relativas aos processos Ac. 104-16.184 e Ac. 303-3083, do Conselho de Contribuintes.

Registrhou que em nenhuma oportunidade restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela autoridade administrativa (art. 5º, IV da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007), ou seja, a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do regime como forma indireta para cobrança de tributo, em ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como a recente Decisão exarada pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF), com autuação que disse ser semelhante ao caso presente, a qual foi julgada improcedente.

De outra parte, salientou que nem a legislação federal nem a estadual preveem a possibilidade de presunção da ocorrência de tal infração (constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas), sendo indispensável à produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, para justificar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido disponibilizada.

Citou trecho do doutrinador Hugo de Brito Machado, onde é ressaltada a importância da fundamentação das decisões pela autoridade administrativa, aduzindo que a doutrina defende a tese de que, em obediência aos princípios da legalidade e do devido processo legal, cabe a quem alega o ônus da prova. Traz à colação palavras proferidas por Paulo de Barros Carvalho e Paulo Celso B. Bonilha a respeito do assunto.

Daí, assegurou se apresentar imprescindível o perfeito conhecimento dos fatos imputados à recorrente, "de modo a propiciar a ampla defesa", pois, com exceção da presunção legalmente tipificada, meros indícios não têm valor probante capaz de apoiar qualquer procedimento, especialmente quando se trata de ilícito tributário, em que não foi dado ao acusado qualquer oportunidade para defesa.

Disso resulta, segundo o autuado, que o procedimento de exclusão, como se efetivou (por meio da intimação), mostra-se, no mínimo, arbitrário, para não dizer um verdadeiro abuso de poder, uma vez que sua exclusão, com efeito, retroativo, do sistema simplificado de apuração de ICMS, resultaria em incomensuráveis prejuízos, sem que ao menos lhe fosse oportunizada a ampla defesa, direito esse constitucionalmente assegurado.

Ressaltou a inexistência de interposta pessoa já que os dois sócios do recorrente são efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade, participando da empresa, como disposto no contrato social, na proporção de suas respectivas participações, em conformidade com o Código Civil de 2002, estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda.

Em conclusão, asseverou que não havia qualquer cometimento de infração por parte do recorrente ou de seus sócios, capaz de ensejar a sua exclusão do referido regime, razão pela qual o termo de exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte no sistema, advertindo que o pleito se configura urgente, porquanto a retroação dos efeitos da exclusão traria danos imensuráveis.

Em seguida, o sujeito passivo, alegou a impossibilidade da aplicação retroativa da alíquota normal do ICMS. Trouxe aos autos como fundamento, Ementas de decisões de TRFs.

Afirmou que, caso não acolhido o pedido de reconsideração do termo de exclusão do regime simplificado de tributação, os efeitos da combatida exclusão não poderiam retroagir para prejudicar o contribuinte, sendo esse o entendimento manifestado pela jurisprudência, que vem, acertadamente, se posicionando no sentido de que não pode o contribuinte ser apenado pela falta de fiscalização do Fisco, que, em aceitando a sua adesão ao sistema simplificado de pagamento de tributos, está admitindo que este possui todos os requisitos para permanecer no referido

regime tributário.

Complementou, observando que ao longo desses últimos anos o recorrente sofreu modificações no seu quadro societário, pelo que a intimação recebida sequer indicou qual ou quais dos sócios porventura estaria(m) sendo utilizados como uma “interposta pessoa” para pelo menos limitar a exclusão à ocorrência da situação excludente (ingresso da suposta interposta pessoa no quadro societário da empresa).

Por último, o recorrente aduziu que foi movido processo judicial pelo autuado e obtida uma medida liminar em mandado de segurança, que reintegra a empresa no regime simplificado nacional (SIMPLES), que sucedeu ao SimBahia, cópias anexadas às fls. 55/57, onde o Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, reintegra o autuado no enquadramento do regime do SIMPLES NACIONAL. Em decorrência disto, invoca o Art. 151, inc. IV, do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário em razão de concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Alegou que: “*A suspensão do presente procedimento deve ocorrer, d v., até a conclusão do processo judicial, ou pelo menos enquanto houver Decisão vigente determinando a anulação da exclusão realizada. Afinal, segundo o art. 27, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Lei nº 7629/99): “Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com... IV- a desistência da defesa ou do Recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial(g.n.), hipótese que se aplica com perfeição ao caso em exame.”*

Concluiu a sua peça recursiva, requerendo o provimento do Recurso para que se reconheça a existência da decadência dos fatos geradores dos meses de 28/02/2005, 31/03/2005 e 30/04/2005, ou a anulação do lançamento por violação ao princípio constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no momento do desenquadramento da ora recorrente do SimBahia, na medida em que este procedimento foi realizado de forma unilateral pela ora Recorrida. Pelo princípio da eventualidade, caso o Auto de Infração não seja anulado, que seja suspenso o presente processo administrativo até que o Poder Judiciário defina, nas instâncias superiores, se a exclusão anunciada é válida, ou não.

Encaminhado o processo para pronunciamento da PGE/PROFIS, o órgão, em Parecer de fls. 129/132, opinou pelo não Provimento do Recurso Voluntário, visto que as razões recursais são incapazes de modificar a Decisão recorrida.

Manifestou-se pela rejeição da decadência, por entender, a ilustre Procuradora, que: “... sem rebuços de dúvida, que a **falta de pagamento do imposto ou o imposto pago a menor** desloca o limite decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, §4º, do mesmo Código, como alega o autuado.”

Meritoriadamente, destacou ter o recorrente apresentado as mesmas alegações constantes na sua defesa inicial e apreciadas no julgamento de primeira instância administrativa, com o qual se coadunava.

Manifestou que “*a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por força de medida liminar em mandado de segurança obsta a ação de cobrança judicial, mas não impede a constituição do crédito tributário mediante o presente processo administrativo fiscal.*”

Na assentada do julgamento o recorrente apresentou petição solicitando juntada ao processo, cópia do indeferimento da impugnação do desenquadramento do SimBahia.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, versa o presente Recurso Voluntário acerca do inconformismo do sujeito passivo com a Decisão de primeira instância, que julgou procedente a imputação, exigindo ICMS, acrescido de multa, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de

cartões de crédito.

A irresignação recursal suscitou, preliminarmente, a aplicação do instituto da decadência, relativamente aos lançamentos com fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a abril de 2005, por ter sido o Auto de Infração lavrado em 15/12/2010 e o contribuinte cientificado em 23/12/2010, fl. 36, nesse passo, sustentando o enquadramento do caso concreto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Apreciando, de plano, a alegação de decadência parcial do lançamento tributário correlato aos fatos geradores, dos meses de fevereiro a abril de 2005, reitero posicionamento já manifestado em processos similares em derredor da aplicação do instituto da decadência, não sendo, neste caso concreto, plausível o enquadramento no art. 150, § 4º, mas sim na regra 173, ambos do Código Tributário Nacional, vez que, de acordo com os documentos que sustentaram a autuação, inexistiu pagamento parcial do ICMS nem se está cobrando recolhimento a menos do imposto.

Nessa linha de entendimento, adoto como fundamento deste Voto, o objetivo e bem exposto argumento lançado em decisões do ilustre Conselheiro Fabio de Andrade Moura, exemplificativamente naquela proferida através do Acórdão nº 0184-11/12, onde o Conselheiro fez uma profunda análise sobre todos os aspectos que envolvem a matéria, *verbis*:

(...)

“Com relação à decadência suscitada, cumpre registrar, inicialmente, que não se trata de um instituto jurídico que tem por objetivo premiar o devedor, como muitos entendem; ao revés, a decadência visa a punir o credor inerte, aquele que, podendo exercer um direito seu independentemente da vontade do outro (direito potestativo), deixa de adotar as medidas cabíveis, silencia numa atitude de inescusável descaso para com a ordem jurídica.

Não é por outro motivo que a máxima latina “dormientibus non succurrat jus” (o direito não socorre a quem dorme) volta-se, justamente, contra o credor, contra aquele que pode exercer o direito, e não contra o devedor, a quem restaria apenas sucumbir diante da pretensão contra si deduzida.

A análise do tema sob esse prisma faz enxergar que a decadência tem por finalidade precípua garantir a segurança jurídica. Ao impor que o credor exerça o seu direito dentro de determinado lapso de tempo, o ordenamento jurídico pretende extirpar do meio social a situação de instabilidade gerada pelo sentimento de ameaça sofrido por aquele contra quem o direito pode, a qualquer momento, ser apresentado.

A ninguém interessa essa situação indefinida, nem mesmo ao Estado – aqui entendido como Estado-Nação –, cujo objetivo maior é dissolver os conflitos, é a pacificação social, e não a eternização da instabilidade.

Sucede que o legislador pátrio, ao definir os prazos decadenciais, nem sempre utilizou a melhor técnica jurídica, impregnando muitas vezes o nosso texto legislativo de impropriedades indesejáveis, com o que tornou bastante árdua a tarefa do intérprete no sentido de buscar equacionar a questão, da melhor maneira possível, dentro de uma visão sistêmica, ou seja, coerente e fechada.

No campo do direito tributário, a maior parte das discussões jurídicas giram em torno do aparente conflito existente entre o parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, a seguir transcritos, in verbis:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

Após longas e acirradas discussões, a jurisprudência pátria dá fortes sinais de ter chegado a alguns consensos sobre a decadência no âmbito do direito tributário. A primeira delas, hoje quase que irreversível, diz respeito à competência para definir prazos decadenciais. É que a Constituição Federal de 1988, suprimindo as controvérsias até então existentes, reservou à lei complementar a disciplina acerca da prescrição e decadência em direito tributário, consoante dicção do art. 146, III, “b”, do Texto Maior, que giza:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, ex vi do aresto a seguir transscrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Fala-se que a questão encontra-se definida quase que irreversivelmente porque, recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional, conforme se observa da ementa dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete:

“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, III, b, 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 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

A segunda matéria amplamente discutida no meio jurídico diz respeito ao termo a quo do prazo decadencial; definir quando ele coincide com o fato gerador e quando ele é protelado para o primeiro dia útil do exercício seguinte foi tarefa igualmente difícil, pois o intérprete se viu diante de duas regras distintas, aplicáveis a duas sistemáticas distintas de lançamento, mas que poderiam ocorrer no âmbito de um mesmo tributo – o lançamento

por homologação e o lançamento de ofício.

Uma premissa parece facilitar bastante o deslinde da questão e ela diz respeito ao significado da palavra homologar. Segundo o dicionário Michaellis, homologar quer dizer “**confirmar por sentença ou autoridade judicial ou administrativa; aprovar**”. Logo, o ato que é sujeito à homologação é o pagamento realizado pelo contribuinte; é ele que será verificado pela autoridade administrativa fiscal e, se estiver correto, será aprovado, confirmado. Não se homologa o lançamento feito pelo contribuinte, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, até mesmo por ser discutível o chamado “**lançamento por homologação**”, vez que não se enquadra no conceito de atividade “**administrativa plenamente vinculada**” a que faz referência o art. 3º, do CTN.

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer nº 1617/2008, cujos trechos principais pede-se vênia para transcrever:

“3031. Assim, com base em magistério de Leandro Paulsen, conclui-se que:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;
- c) de qualquer sorte, nos casos em que a declaração foi prestada ou houve parcelamento, não haveria a necessidade de lançar o valor já declarado, mas sim apenas a diferença, o que se tem chamado de lançamento suplementar.

3132. Do ponto de vista de certo realismo jurídico, temperado por exercício de prognose pretoriana, deve-se lembrar, ao que consta, que os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda vinham decidindo pela aplicabilidade da regra do § 4º do art. 150 do CTN no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Excluíam-se do entendimento, entre outros, circunstâncias indicativas de fraude. Fraude e conluio suscitam a aplicação da regra do art. 173 do CTN.

3233. Por exemplo, a Segunda Câmara dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no Recurso nº 122924, em 16 de junho de 2004, decidiu que “(...) por força do princípio da moralidade administrativa, em sendo a decadência hipótese de extinção da obrigação tributária principal, seu reconhecimento no processo deve ser feito de ofício, independentemente do pedido do interessado (...) Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática do lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN, hipótese em que o termo decadencial tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (...).”.

3334. Na Terceira Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais no Recurso de divergência nº 303-120011, em 22 de fevereiro de 2005, ementou-se que “(...) sendo o IPI, no caso vinculado à importação, espécie de tributo cujo lançamento encontra-se delineado nas determinações do art. 150, parágrafo único, do CTN- Lançamento por homologação, é de cinco (5) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador – data do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada- o prazo deferido à Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário que entende devido (...).”.

3435. A Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Recurso nº 146.670, em 25 de maio de 2006, ementou que “se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se com a ocorrência do fato gerador, na forma disciplinada pelo § 4º do art. 150 do CTN (...).”.

3536. Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, começam a mudar o entendimento. Aplicou-se recentemente o art. 173, I, do CTN, em caso de lançamento de ofício, no qual não houve pagamento. Refiro-me ao Recurso RP/ 203-123287. Entendeu o Conselho que deve se verificar se o contribuinte recolheu valores no período fiscalizado. Na existência do recolhimento, deve se aplicar o § 4º do art. 150 do CTN. Na inexistência de recolhimentos, deve ser aplicado o art. 173, I, do mesmo CTN. De igual modo, decidiu-se no Recurso RD/204-130232, bem como no RD/203-115797.

3637. Em âmbito de Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a questão recebe tratamento distinto. Pode-

se identificar sutil diferença de tratamento pretoriano. Em linhas gerais, tem-se a impressão de que se aplica a regra do § 4º do art. 150 do CTN na hipótese de pagamento antecipado.

3738. É recorrente a fixação do dies a quo do prazo de decadência na data da ocorrência do fato gerador quando da antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal. Isto é, ainda que o recolhimento seja parcial, as diferenças são exigíveis, a partir do fato gerador da obrigação. Mas, e quando não se tem o pagamento antecipado? No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 936380/SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, matéria julgada em 19 de fevereiro de 2008, ementou-se, como segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

3839. E ainda, no Recurso especial 757922/SC, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, questão julgada em 11 de setembro de 2007, definiu-se;

“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. 1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual "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". 3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa" —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais. 4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN. 5. Recurso especial a que se nega provimento".

39. E ainda, qual o caminho em face de inexistência de declaração e de pagamento? No Recurso especial 761908/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em julgamento de 5 de dezembro de 2006, ementou-se, entre outros:

“13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT. 14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, desprovido”.

40. Do que, então, emerge mais uma conclusão: o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN; a inexistência de declaração e pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, projetados nas contribuições previdenciárias. Isto é, no que se refere à contagem dos prazos de decadência. Tal concepção, em princípio, pode ser aplicada para todos os tributos federais, e não somente, para as contribuições previdenciárias.

(...)

49. Lembrando que nem toda a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, cuida somente de créditos tributários, e que, portanto, para efeitos daquela norma deve-se atentar à especificidade dos créditos, as

observações aqui elencadas promovem síntese pontual, da forma que segue:

- a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;
- b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado, podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);
- c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente; respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;
- d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. . 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
- e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;
- f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;
- g) Para fins de cômputo do prazo de prescrição, nas declarações entregues antes do vencimento do prazo para pagamento deve-se contar o prazo prescricional justamente a partir do dia seguinte ao dia do vencimento da obrigação; quando a entrega se faz após o vencimento do prazo para pagamento , o prazo prescricional é contado a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração;
- h) A súmula em apreço, em princípio, qualificaria interpretação literal: todo o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, estaria alcançado pela inconstitucionalidade. Porém, por tratar-se de matéria do mais amplo alcance público, o intérprete deve buscar resposta conciliatória, que não menoscabe expectativas de alcance de benefícios; principalmente, e do ponto de vista mais analítico, deve-se observar que há excertos do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que não seriam substancialmente alcançados pela Decisão do Supremo Tribunal Federal”.

No caso em comento, o crédito tributário que se pretende constituir por intermédio deste Auto de Infração refere-se à utilização de crédito fiscal em montante superior ao devido relativamente às operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, irregularidade apurada pelo auditor fiscal a partir da verificação de que a base de cálculo utilizada pelos estabelecimentos remetentes de outros Estados foi calculada em desacordo com as normas constantes da Lei Complementar nº 87/96.

Verifica-se, de logo, que o crédito fiscal lançado no conta-corrente do contribuinte não foi integralmente indevido, mas apenas uma parte sua, o que significa que a compensação feita entre créditos e débitos do ICMS estava, em parte, correta.

Ora, compensação é meio de pagamento, é modalidade de extinção do crédito tributário expressamente revista no art. 156, II, do CTN. Assim sendo, deve ser aplicada a máxima “*Ubi eadem est ratio, ibi ide jus*” (a mesma razão autoriza o mesmo direito), para que se conclua, sem sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, o direito potestativo de constituir o respectivo crédito tributário quanto aos fatos geradores anteriores a junho de 2008, irremediavelmente tragado pela decadência (intimação ao Auto de Infração em 27/06/2008).

*Ante o exposto voto pelo **acolhimento da decadência** suscitada pelo recorrente, para declarar extinto o crédito objeto deste lançamento de ofício, quanto aos fatos geradores anteriores a junho de 2008.”*

Nesse contexto, em consonância com o posicionamento acima apresentado, inacolho a tese de aplicação do instituto da decadência, pertinente aos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a abril de 2005, posto que inexiste a comprovação do pagamento parcial do imposto reclamado e, em consequência, mantenho a exigência fiscal.

A par disso, deixo de apreciar a preliminar de nulidade, suscitada por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, no momento do desenquadramento do contribuinte do SimBahia, por considerá-la prejudicada, conforme entendimento que será exposto, a seguir, no enfrentamento do mérito da autuação.

Assim é que, a petição do Recurso se consubstancia na alegação de que o ato da exclusão do

contribuinte do SimBahia, com efeito retroativo, foi totalmente inesperado e injustificado, limitando-se a afirmar que o motivo da infração foi ter a empresa se constituído através de interposta pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando-se um verdadeiro cerceamento de defesa, o que tornaria o Termo de Exclusão nulo, de acordo com o estatuto no art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72.

De outra parte, a Decisão recorrida julgou procedente a autuação, concentrado a sua fundamentação na questão do desenquadramento, o qual entendeu ter obedecido aos trâmites legais e, portanto, procedente se apresentava o lançamento fiscal para exigência do ICMS retroativamente.

Sucede que, analisando, detidamente, o desenvolvimento e elementos da ação fiscal constantes da procedimentalidade, verifico que, embora existente a questão do desenquadramento, discute-se questão irrelevante para a configuração da infração em tela, a qual no meu entendimento, independe do Regime de Tributação a que se encontra submetido o contribuinte.

Com efeito, estando ou não o contribuinte enquadrado no Regime SimBahia, é viável a cobrança do ICMS por desencontro apurado entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas pelas instituições financeiras administradoras de cartões de crédito e débito.

No específico, a única diferença que se pode observar, em função do regime tributário adotado, diz respeito ao direito de o sujeito passivo obter o crédito presumido de 8% previsto na legislação para os contribuintes que se enquadrem no regime simplificado (art. 19, §1º da Lei nº 7.357/98).

Assim, como não houve, em nenhum momento da ação fiscal, qualquer impugnação ao mérito da infração, bem como incorreu, na medida judicial promovida pelo recorrente, qualquer interferência para a exigência relativa ao imposto dessa autuação, posicione-me no sentido de que a Decisão de 1ª Instância deve ser mantida, em sua conclusão, para manter a imputação fiscal, quanto ao valor principal.

No que concerne ao crédito fiscal, verifica-se que a presente autuação não refez a conta-corrente do sujeito passivo, de modo a verificar os créditos a que ele fazia jus relativamente às mercadorias adquiridas no período. A par disso, o Judiciário baiano já se posicionou quanto ao desenquadramento decorrente do Relatório RIF nº 063/2010, revogando o ato administrativo que excluiu os contribuintes envolvidos na ação fiscal do Simples Nacional e, via de consequência, do Simbahia com relação ao período precedente.

A sentença concessiva da segurança foi confirmada pelo TJBA (acórdão prolatado na Apelação do Mandado de Segurança nº 0077975-37.20010.8.052.0001, juntado ao Auto de Infração nº 206925.0002/11-4, cujo Recurso Voluntário foi julgado por esta Câmara de Julgamento Fiscal), restando praticamente decidido que o ato de desenquadramento é nulo de pleno direito, por cerceamento ao direito de defesa, conforme se verifica, inclusive, do documento acostado aos autos na assentada de julgamento.

Nesse contexto, deve incidir a regra do art. 112, do CTN, de modo a se conceder ao sujeito passivo o crédito de 8% previsto no art. 19, §1º, da Lei do Simbahia, pois, como visto, não houve a concessão dos créditos normais das operações anteriores e, ainda, já há pronunciamento judicial favorável à anulação do ato do desenquadramento.

Também deve ser modificada a multa aplicada pela Junta de Julgamento Fiscal, pois, como visto, a infração em tela não tem qualquer relação com o desenquadramento do sujeito passivo mediante a utilização de interpostas pessoas para a constituição da sociedade. Assim, deve ser restabelecida a penalidade aplicada pelo autuante, no presente lançamento de ofício, no percentual de 70%, conforme prevê o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores.

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar de decadência suscitada, considerar prejudicada a preliminar de nulidade e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e, de ofício, pela concessão do crédito presumido de 8% e ajuste da multa para 70%, resultando, assim,

na PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente autuação, reduzindo o valor inicialmente lançado para R\$5.498,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206925.0018/10-0, lavrado contra **DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA. (GALPÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.498,93**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS