

PROCESSO - A. I. Nº 028924.0076/10-3
RECORRENTE - M.C. DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS (HOTECNA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0085-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0206-12/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO E PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, não enquadradas na substituição tributária, independentemente do regime de apuração adotado. Mediante diligência, foram refeitos os cálculos do imposto devido. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, exigindo do Recorrente imposto no valor de R\$14.824,39, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 30/09/2010, decorre de duas infrações, ambas objeto do Recurso Voluntário e que acusam o Contribuinte do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1- Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$24.632,36, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2005 e janeiro a julho de 2006.

Infração 2 - Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$22.438,04, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2005 e agosto a dezembro de 2006.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é Parcialmente Procedente a autuação, como segue:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos (Infração 1) e de ter deixado de recolher o ICMS referente à antecipação parcial (Infração 2), nas entradas das mercadorias em seu estabelecimento, adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação.

Conforme foi explicado na defesa e na informação fiscal, o presente lançamento foi realizado em obediência à solicitação do CONSEF que determinou o refazimento de ação fiscal referente ao Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, julgado nulo pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JF Nº 0172-05/08, que fora confirmada pelo Acórdão CJF Nº 0105/11/10.

(...)

Em face ao acima exposto, afasto essa primeira preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Ainda em preliminar, foi arguida a nulidade da Infração 2, sob o argumento de que não foram preenchidos os requisitos formais previstos no art. 39 do RPAF/99. Diz que o demonstrativo elaborado pelo autuante não

discrimina separadamente o valor do ICMS devido, o valor recolhido a menos e a diferença que está sendo exigida. Afirma que o autuante não observou as formalidades necessárias à validação da autuação, o que diz autorizar a decretação da Infração 1.

(...)

Também afasto essa preliminar de nulidade, pois os demonstrativos elaborados pelo autuante permitem que se identifiquem todos os elementos constitutivos dos valores exigidos nas Infrações 1 e 2, tais como, números das notas fiscais, datas, bases de cálculo, alíquotas, créditos fiscais, ICMS recolhido e ICMS a recolher. Além disso, observo que no Auto de Infração estão identificados todos os elementos citados nos incisos do artigo 39 do RPAF/99, tais como, identificação do autuante, dia, hora e local da autuação, descrição dos fatos apurados, demonstrativos que embasam a autuação, dispositivos legais dados como infringidos, intimação do autuado para efetuar o pagamento do débito ou para interpor defesa, etc.

O autuado argumenta que o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2005 já estava decaído. Frisa que o presente Auto de Infração foi lavrado em razão da nulidade de Auto de Infração anteriormente lavrado e que fora julgado nulo.

(...)

Não obstante a decretação da nulidade do Auto de Infração anteriormente lavrado, no lançamento em comento, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2005, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/10 para constituir o crédito tributário. Considerando que o crédito fiscal foi constituído em 30/09/10, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração, não houve a alegada decadência.

No mérito, o autuado argumenta que em relação às aquisições efetuadas diretamente nos estabelecimentos industriais faz jus a uma redução de 50% no valor do ICMS devido, que devem ser excluídas da exigência fiscal as aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, que o imposto já fora pago de acordo com o regime do SIMBAHIA. Também sustenta que não constam nos autos cópia das Notas Fiscais nºs 97758, 97759, 99808-cf e 91858, bem como aponta equívocos relativamente às Notas Fiscais nºs 1000594 e 1000090.

Não há como se acolher o argumento defensivo de que o imposto já tinha sido pago mediante o regime do SIMBAHIA, pois, nos termos do art. 352-A do RICMS-BA, a antecipação parcial é devida independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte.

Na apuração do imposto devido por antecipação parcial, o autuante considerou os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais a que fazia jus o autuado, conforme se depreende dos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, bem como dos demonstrativos elaborados quando da realização das diligências.

Mediante diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, foram excluídos da autuação os débitos referentes às notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, bem como foram retificados os valores atinentes às Notas Fiscais nºs 1000594 e 1000090. O autuado foi notificado acerca das retificações efetuadas pela ASTEC do CONSEF, porém não mais indicou equívoco ou ausência de nota fiscal. O autuante foi cientificado do resultado da diligência, porém não se pronunciou. Dessa forma, ficam sanadas essas falhas que existiam na autuação.

No que tange à redução de 50% do valor do imposto devido nas aquisições efetuadas diretamente nos estabelecimentos industriais, o pleito defensivo está amparado no §4º do artigo 352-A do RICMS-BA, com a redação vidente à época dos fatos geradores, uma vez que o autuado estava inscrito no regime do SIMBAHIA na condição de microempresa.

Tendo em vista que as notas fiscais acostadas ao processo comprovavam que uma parte das aquisições foi efetuada diretamente nos estabelecimentos industriais, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, tendo sido concedido ao autuado a citada redução, conforme o Parecer ASTEC Nº 15/2012. Acolho essa retificação, pois está em conformidade com as disposições regulamentares pertinentes, e os cálculos efetuados pela auditora fiscal da ASTEC não foram contestados nem pelo autuado e nem pelo autuante.

Nos termos do artigo 352-A do RICMS-BA, a antecipação parcial do ICMS é devida “nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização”. Dessa forma, não é devida a antecipação parcial relativamente às aquisições destinadas ao ativo imobilizado (Notas Fiscais nºs 296102 e 84623) e a brindes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140).

Partindo dos valores apurados no Parecer ASTEC Nº 15/2012, ao excluir da Infração 1 as parcelas referentes às Notas Fiscais nºs 587, 84623, 2195 e 3140 (fls. 127, 138, 136 e 150), os valores devidos nos meses de fevereiro, junho e outubro de 2005 e março de 2006 ficam da seguinte forma, mantendo-se inalterados os valores cobrados nos demais meses:

<i>Mês de Ocorrência</i>	<i>Parecer ASTEC</i>	<i>Valor a Excluir</i>	<i>Valor Devido</i>
<i>Fevereiro/2005</i>	<i>R\$ 1.168,79</i>	<i>R\$ 36,98</i>	<i>R\$ 1.131,81</i>
<i>Junho/2005</i>	<i>R\$ 1.442,33</i>	<i>R\$ 26,87</i>	<i>R\$ 1.415,46</i>
<i>Outubro/2005</i>	<i>R\$ 740,25</i>	<i>R\$ 88,83</i>	<i>R\$ 651,42</i>
<i>Março/2006</i>	<i>R\$ 177,88</i>	<i>R\$ 135,50</i>	<i>R\$ 42,38</i>

Efetuada as correções acima, a Infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 8.679,08 ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

<i>Data Ocorrência</i>	<i>Valor Devido</i>
28/02/2005	R\$ 1.131,81
31/03/2005	R\$ 54,02
30/04/2005	R\$ 702,15
31/05/2005	R\$ 332,95
30/06/2005	R\$ 1.415,46
31/08/2005	R\$ 132,29
30/09/2005	R\$ 189,07
31/10/2005	R\$ 651,42
31/03/2006	R\$ 42,38
30/04/2006	R\$ 1.090,92
31/05/2006	R\$ 930,09
30/06/2006	R\$ 2.000,85
31/07/2006	R\$ 5,67
<i>Total</i>	<i>R\$ 8.679,08</i>

Quanto à Infração 2, acolho a exclusão do débito atinente à Nota Fiscal nº 296102, referente à aquisição de um veículo destinado ao ativo imobilizado do defendente, sugerida pelo próprio autuante na informação fiscal, pois essa retificação está em conformidade com a legislação tributária aplicável. Após essa correção e os reparos efetuados nas duas diligências realizadas pela ASTEC do CONSEF, a Infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 6.145,31, conforme o demonstrativo à fl. 272.

O pleito defensivo atinente à redução ou dispensa das multas não pode ser atendido, pois as penas indicadas no Auto de Infração são atinentes a descumprimento de obrigações tributárias principais e, portanto, a teor do disposto no art. 159 do RPAF/99, essa matéria é da competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Ressalto que a multa sugerida para as infrações, no percentual de 50%, capitulada no inciso I, alínea “b”, item “1”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, carece de retificação, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei, no percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, importando em descumprimento de obrigação tributária principal. Saliento que esse entendimento se encontra consubstanciado em reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0255-12/09.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 14.824,39.

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 309 a 322.

De início, diz o recorrente que os julgadores da Junta de Julgamento Fiscal não analisaram corretamente as provas dos autos, tampouco aplicou a melhor interpretação da legislação tributária, pelo que merece ser reformada a Decisão de piso para tornar nula e/ou insubsistente a autuação.

Diz que a autuação em apreço tem origem na renovação da ação fiscal – Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, julgado nulo nas duas instâncias deste CONSEF (5ª JJF e 1ª CJF).

Preliminarmente, aduz a nulidade do Auto de Infração, considerando que foram mantidos os vícios que ensejaram a nulidade do Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, quais sejam: irregularidade do termo de início de fiscalização, ausência do termo de arrecadação de documentos fiscais, prova da materialidade da infração e ofensa à Decisão proferida nos autos do acima citado PAF.

Entendendo que o presente Auto de Infração está eivado de vícios, diz que analisando os autos, em especial as diversas diligências realizadas com o fim de corrigir a autuação, restaram lacunas no preenchimento de requisitos formais previstos no RPAF, especificamente no que concerne aos artigos 26, 28 e 29 do mesmo diploma, que transcreve.

Afirma que além de permanecerem neste PAF os vícios que ensejaram a nulidade do anterior (falta o competente termo de início de fiscalização e ou de arrecadação de documentos fiscais), diz que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal agiu “como verdadeiro Auditor Fiscal” na medida em que praticamente refez todo o Auto de Infração.

Diz que em que pese uma intimação válida para apresentação de Livros e Documentos fiscais suprir a falta do Termo de Início de Fiscalização, o autuado nunca recebeu qualquer intimação

para apresentação dos documentos necessários para fiscalização do estabelecimento, não sendo válidas as intimações constantes nos autos, haja vista que sequer foi informada, apesar de intimada, que deixou de apresentar a documentação solicitada, ensejando a fiscalização e lavratura de Auto de Infração com as informações constantes no sistema da SEFAZ. Cita os artigos 26 e 28, III, do RPAF/BA e 940, §1º do RICMS/BA para corroborar a sua tese de que para a demonstração da infração imputada, é imprescindível a efetivação do Termo de Arrecadação da documentação fiscal que constitui prova material da infração, o que na hipótese de falta, macula de nulidade a autuação.

Aduzindo também que lhe foi suprimido o direito de defender-se na medida em que não foi realizada intimação válida para apresentação de Livros e Documentos fiscais, requer seja acolhida a preliminar, sendo julgado nulo o presente Auto de Infração, com os mesmos fundamentos da nulidade decretada no julgamento do Auto de Infração nº 0289240015/08-2.

Avançando, aduz a decadência do lançamento. Afirma que para os lançamentos por homologação, caso dos autos, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício em que o imposto deveria ter sido lançado.

Na espécie, entende que o ICMS cobrado sob acusação de pagamento a menor nos meses de janeiro a novembro de 2005, estão acobertados pela homologação tácita, conquanto já transcorrido o prazo decadencial de cinco anos entre a data do pagamento e a do presente Auto de Infração. Destaca que o Auto de Infração em apreço foi lavrado para correção de lançamento anteriormente realizado, sob o mesmo fato gerador, já julgado por este CONSEF que acolheu preliminar de nulidade, aduzindo que iniciada a fluência do prazo decadencial, nenhum fato terá efeito sobre seu transcurso. Cita o art. 173, II, do CTN para dissertar a respeito da decadência em relação à nulidade decretada no julgamento do Auto de Infração anterior, concluindo que não se restabeleceu o prazo decadencial, em razão do não enquadramento da situação em causa de nulidade formal.

Pugna pelo reconhecimento da homologação tácita em relação às exigências dos meses de janeiro a novembro de 2005, em virtude do transcurso do prazo decadencial entre a data o pagamento supostamente menor até a notificação do presente Auto de Infração.

Referindo-se às multas cominadas às infrações 1 e 2, entende presentes os requisitos autorizadores da sua redução. Diz que para o caso dos autos, quando da efetiva ocorrência da hipótese de incidência, o ICMS foi devidamente recolhido e que a suposta infração que lhe foi imputada decorreu da interpretação que deu ao RICMS, sem que tal inteligência tivesse determinado uma redução do pagamento do imposto, o que também não impôs qualquer prejuízo para o Estado da Bahia. Destaca a sua boa-fé, dizendo dos pagamentos dos tributos devidos.

Entende que as infrações 1 e 2 referem-se a meros descumprimentos de “*técnica/procedimento de arrecadação*”, que redundou em procrastinação do recolhimento do imposto, sem contudo provocar qualquer prejuízo para o fisco.

Diz da ausência de dolo, fraude ou simulação, lembrando que restou claramente demonstrado que o ICMS foi devidamente recolhido e que as suas razões fundamentam a sua tese. Cita a doutrina, e diz que existem posições doutrinárias que consideram necessária a investigação do elemento subjetivo da conduta, para a cominação de penalidades, o que contraria a letra fria do art. 136 do CTN. Cita também os artigos 112 e 137 do CTN, afirmando que vários dispositivos do referido Código contrariam o entendimento de que a responsabilidade por infrações tributárias é sempre e somente objetiva.

Invoca os artigos 108 e 172 do CTN, além do art. 46 do COTEB, para dizer da possibilidade de revisão da multa, ao apelo da equidade. Também invoca os §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dizendo da possibilidade de dispensa/redução da multa acessória em face da ausência de dolo, fraude ou simulação, tudo aliado decisões já proferidas por este CONSEF. Cita a doutrina e a jurisprudência, aduzindo a desproporcionalidade e abusividade das multas aplicadas.

Requer seja dado provimento ao Recurso para reduzir ou cancelar as multas impostas pelas infrações 1 e 2.

Por derradeiro, requer seja provido o seu Recurso sendo acolhidas a preliminar e prejudicial de mérito, julgando-se nula a autuação. No mérito, requer seja provido o Recurso para cancelar e/ou reduzir as multas impostas.

A Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, procuradora da PGE/PROFIS, às fls. 330/333, diz que não vislumbra quaisquer das hipóteses de nulidade capituladas no artigo 18 do RPAF. Destaca que o teor do artigo 19 do mesmo diploma, o Termo de Início de Fiscalização é apenas uma das formas de dar-se início ao procedimento fiscal, tal e qual a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, conforme preceitua o artigo 26, III do RPAF, o que não leva a nulidade do lançamento.

Quanto à decadência do lançamento, discorrendo derredor da matéria, afirma a n. procuradora que a tese recursal é destituída de qualquer lógica jurídica, em razão de desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua iteração com o disposto no art. 173, I, do mesmo *codex*. Destaca que *“o art. 150, caput, ao falar do momento em que ocorre o lançamento por homologação, que é quando a autoridade expressamente homologa a atividade do sujeito passivo, só autoriza a conclusão de que a atividade assim exercido é o pagamento antecipado”*. Nessa toada, diz *“que a falta de pagamento do imposto ou o imposto pago a menor, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, § 4º, do mesmo Código, como alega o autuante.”*

Quanto ao pedido de dispensa ou redução das multas, diz que o art. 159 do RPAF prevê que para a apreciação do pleito que deverá ser dirigido á câmara Superior deste conselho, deverá o contribuinte fundamentar seu pedido em quaisquer das circunstâncias contidas no § 1º do referido artigo, devendo, contudo, ser acompanhado do pagamento do principal e acréscimos legais.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JFJ deste CONSEF, Acórdão nº 0085-01/12, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se aprecia cinge-se às infrações 1 e 2, que acusam o contribuinte de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado e falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Registro que o Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte não aborda questões de mérito, restringindo-se à preliminar de nulidade do Auto de Infração, à preliminar de decadência de parte do lançamento e às multas cominadas às infrações 1 e 2, para as quais pede a redução ou cancelamento. Assim sendo, entendo que se superadas as questões acima referidas, não haverá qualquer discussão atinente ao mérito das acusações fiscais.

Pelo exposto, avanço na análise do Recurso Voluntário.

A tese recursal tem assento em pontos que suscitam a nulidade da Decisão recorrida em razão de suposta falta de análise das provas dos autos e na falta de aplicação da melhor interpretação da legislação tributária. Também aduz o recorrente que é nulo o lançamento porque eivado de vícios, supostamente ofendidos os artigos 26, 28 e 29 do RPAF/BA.

Aduz também a decadência dos lançamentos que derivam das ocorrências referentes a pagamento a menos correspondentes ao período de janeiro a novembro de 2005, sob o fundamento de que tais ocorrências estariam acobertados pela homologação tácita, não mais podendo ser

exigidos uma vez transcorrido o prazo de cinco anos entre a data do pagamento e a do presente Auto de Infração.

Por fim pugna pela redução das multas cominadas às infrações.

Pois bem, tratando da construção da autuação, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Especificamente quanto à suscitada nulidade do Auto de Infração, vejo que não merece acolhida a tese recursal, pois, a rigor do art. 19 do RPAF/BA, o Termo de Início de Fiscalização é apenas uma das formas de dar-se início ao procedimento fiscal, tal e qual a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, conforme preceitua o artigo 26, III do RPAF. Nesse sentido e pelo motivo que embasa a tese recursal, não há que se pensar em nulidade do lançamento.

Referentemente à suposta nulidade da Decisão recorrida, vejo que também não assiste razão ao Recorrente. Da compulsão dos autos observa-se com clareza que os julgadores de piso cuidaram de analisar as provas vindas aos autos, aplicando no decurso de primo grau a legislação vigente, não havendo qualquer indício de vício.

Quanto à preliminar de decadência, entendo que assiste razão ao Recorrente. A matéria que não é pacífica neste Colegiado motivou o envio de diversos Autos de Infração em diligência à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência, como nos casos das operações anteriores a novembro de 2005, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

Derredor desta matéria, entendo que devo trazer à baila manifestação do nobre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cujo Parecer cuida da decadência do lançamento tributário à luz da Súmula Vinculante nº 8.

Diz a Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF:

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

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 8 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

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

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...*deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN*”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as multas aplicadas (lançamento fiscal) referentes às ocorrências anteriores a novembro de 2005 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a novembro de 2005.

Por derradeiro, referentemente à postulação de redução das multas cominadas às infrações que compõem o presente Auto de Infração, alinhado ao Parecer exarado pela PGE/PROFIS, e por força da legislação, há que se registrar que apesar de prever percentuais extremamente elevados, as multas que motivaram a insurgência do recorrente estão previstas em Lei, o que impede que este julgador, *in casu*, possa analisar o pleito do Sujeito Passivo. Entretanto, a rigor do art. 159 do RPAF, pode o recorrente, ao apelo da equidade, dirigir à Câmara Superior do CONSEF pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Isto posto, com base nos fundamentos acima alinhados, considerando que parte do lançamento tributário está alcançado pela decadência, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência)

Em que pese o voto proferido pelo Relator, entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 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 repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“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 não originais)

Além disso, a Lei nº 3.956/81 (COTEB) estabelece, no artigo 107-A, inciso I, que “*O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

Sendo assim, o prazo legal para a constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos em período anterior a novembro de 2005 se esgotaria em 31/12/10. Como este Auto de Infração foi lavrado em 30/09/10, não se encontravam decaídos os débitos relativos aos fatos geradores apontados na peça recursal.

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 –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.”

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há que se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante:

1. da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. do entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. do despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de “*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.*”

Ante o exposto, não acolho a preliminar de decadência e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028924.0076/10-3**, lavrado contra **M.C. DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS (HOTECNA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.824,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Valnei Sousa Freire e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS