

PROCESSO - A. I. Nº 232889.0001/11-1
RECORRENTE - DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0013-02/12
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 12.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0266-13/13

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. A redução da base de cálculo nas operações internas com os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e os suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS, a que se refere o art. 87 do RICMS/BA, até 11/04/2007 somente se aplica aos produtos de uso exclusivo em informática ou automação e, a partir 12/04/2007, para os produtos listados no Anexo 5-A do RICMS/BA. Condições não satisfeitas em relação a todos os itens objeto da imputação. Refeitos os cálculos pela autuante. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACCESSÓRIA. Restou comprovado que o contribuinte foi intimado a retificar as inconsistências dos Arquivos Magnéticos, entretanto não atendeu à intimação. Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência fiscal. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Rejeitadas a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 232889.0001/11-1, lavrado em 30/03/2011 em razão de cinco imputações, das quais apenas as de números 1, 4 e 5 são o objeto do Recurso:

INFRAÇÃO 1. Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$68.191,02, em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo. Apuração do imposto recolhido a menos em razão da redução indevida da base de cálculo referente às operações internas com produtos não indicados

no Anexo 5-A, conforme redação dado ao inciso V do art. 87 do RICMS/BA, e discriminados nos demonstrativos fiscais denominados Anexos 1-A e 2-A, relativo ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Imposto lançado acrescido da multa de 60%. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 55 a 64, e fls. 279 a 286 (volumes I e II).

INFRAÇÃO 4. Multa no valor de R\$4.810,71, correspondente a percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente. Consta, na descrição dos fatos da imputação, que se trata de produtos com tributação do imposto normal nas saídas sem o recolhimento do imposto da antecipação parcial conforme Anexo 4. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 596 (volume III), cópias de notas fiscais respectivas às fls. 597 a 606.

INFRAÇÃO 5. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no valor de R\$19.012,98. O contribuinte foi intimado a retificar as inconsistências dos arquivos magnéticos em 06/01/2011, inclusive a apresentação dos Registros 74 dos meses de janeiro e dezembro dos exercícios de 2006 e 2007, os quais não foram apresentados. Termo de Intimação com anexos às fls. 11 a 32, com data de ciência do contribuinte em 06/01/2011, concedendo ao intimado o prazo de trinta dias para correção das inconsistências discriminadas pelo Fisco na mencionada intimação; demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal à fl. 607 (volume III).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 1.089 a 1.119, acostando documentos às fls. 1121 a 1180.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 1.182 a 1.186 contestando parcialmente as alegações defensivas e reduzindo de R\$68.191,02 para R\$62.334,18 o valor histórico de imposto relativo à imputação 1, conforme novos demonstrativos que anexou às fs. 1187 a 1205, mantendo integralmente as demais acusações.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos anexos, fl. 1.207, sendo intimado para se manifestar e, em novo pronunciamento às fls. 1.209 a 1.217, novamente rebateu as imputações 1, 4 e 5.

A autuante, à fl. 1219, manteve os termos da informação fiscal anterior.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0013-02/12, às fls. 1222 a 1235. Em seu voto, em relação aos itens objeto de Recurso Voluntário assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 05/04/2006, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido

pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o consequente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, o fisco teria até o dia 31/12/2011 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2011 não se configurou a decadência.

No tocante as argüições de nulidades as mesmas serão analisadas separadamente, quando da análise das imputações.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos o ICMS, em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo, em razão da redução indevida da base de cálculo prevista no inciso V do art. 87.

Inicialmente, não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, como passo a analisar.

O autuado alegou que não há fundamentação legal, entretanto, observo que, apesar do Anexo 5-A somente ter sido acrescentado pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), efeitos a partir de 12/04/07, a autuação foi embasada no artigo 87, inciso V, em vigor na data dos fatos gerados objeto da autuação, conforme consta na descrição da infração. Ademais, devo ressaltar que o sujeito passivo entendeu plenamente a infração que lhe foi imputada, fato visivelmente caracterizado pelos aspectos abordados na impugnação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, constatei que a infração foi embasada nos Anexos 1-A e 2-A, que foram entregues ao contribuinte e acostados aos autos.

O art. 87, V do RICMS/BA determina que a redução da base de cálculo das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive de automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão.

O Anexo 5-A foi acrescentado pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10.316, de 11/04/2007, DOE de 12/04/2007), efeitos a partir de 12/04/2007, e designa os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com a redução da base de cálculo do tributo prevista no art. 87, V do RICMS/BA.

Em sua defesa o contribuinte assevera que aproveitou corretamente o benefício fiscal da redução de base de cálculo prevista no citado dispositivo legal.

Na informação fiscal a autuante acatou parcialmente o argumento defensivo e excluiu da autuação alguns produtos que constaram no levantamento inicial de forma indevida, tendo elaborado novo demonstrativo, o qual foi entregue ao contribuinte.

Observo que o autuante excluiu da autuação às operações internas de saída dos produtos Kit, Bateria, Fax Modem, Web Cam, Monitor/televisor, Cartucho Color, Palm, Cartão Pcmcia, Memória 512 MB e Memória 256 MB.

Concordo o procedimento do autuante, pois os produtos citados se enquadrarem como aparelhos e/ou equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, conforme disposto no Inciso V do art. 87.

Relativamente aos produtos estabilizadores e nobreaks, no período de 01/01/2006 a 12/04/2007, como bem ressaltou o autuante, a manutenção dos mesmos decorre da observância ao Parecer Nº 12468/06 da GECOT que os considerou, na época, como produtos de tributação normal, considerados como produtos de uso de informática apenas quando da inclusão no Anexo 5-A a que se refere o art. 87, V, (Alteração nº 87, Decreto nº 10.316 de 11/04/2007), pelo Decreto nº 10.459 de 18/09/2007, cujas operações de saída relativas aos produtos foram convalidadas por este mesmo Decreto a partir de 12/04/2007. Também foram excluídos do Demonstrativo 2A os valores referentes ao período de 12/04/2007 a 18/09/2007, com o qual também concordo.

Em relação os demais produtos: Jet Direct (Projetor), Fax Aparelho, Cooler (Projetor), Câmara Fotográfica, Capa, Maleta p/Notebook, Aparelho Telefone, Tela Anti-reflexiva, Bar (Cofre), entendo que devem ser mantidos na autuação, uma vez que, embora tenham sua utilização na área de informática foram indevidamente considerados pelo sujeito passivo, pelo sujeito passivo, como de uso exclusivo na área de informática.

Quanto à cobrança da diferença do imposto relativa às operações de saída, no período de 12/04 a 31/12/2007, os produtos Projetor, Fax, Radio Talkabout, Maleta para Notebook, Mochila para Noteboor, Filmadora Tela Reflexiva, Home theater e todos os demais produtos elencados no novo Demonstrativo 2-A anexo, como esclareceu a autuante em sua informação fiscal, sua manutenção na autuação se deveu às NCM's dos produtos relativos às aquisições em outras unidades da federação, não serem considerados como de uso de informática, de forma clara, pelo Anexo 5-A, sendo , desta forma, devida a diferença do imposto.

Portanto, a redução da base de cálculo nas operações internas com os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e os suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS, a que se refere o art. 87, somente se aplica aos produtos de uso exclusivo em informática ou automação e, a partir 12/04/07 para os produtos listados no Anexo 5-A do RICMS/97, também de uso exclusivo em informática, condições que não foram satisfeitas para parte dos produtos autuados, estando a infração 01 parcialmente caracterizada, no valor de R\$62.334,17, conforme demonstrativos acostados às folhas 1.188 a 1.205 e reproduzido no relatório do presente PAF.

(...)

Na infração 04 é aplicada multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posterior tributadas normalmente.

Na impugnação o sujeito passivo argüiu nulidade alegando ausência de segurança na determinação da base de cálculo da antecipação parcial do ICMS sobre a qual a multa foi aplicada.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois ao analisar o papel de trabalho que embasou a infração, acostados aos autos à folha 596, entregue ao contribuinte, constatei que na planilha consta o valor do ICMS destacado na origem, embora a autuante tenha invertido o títulos das colunas “IMPOSTO DE ORIGEM” e “IMPOSTO DE DESTINO”, tendo, entretanto, indicado este fato com a identificação de setas, conforme pode ser observado na citada planilha.

No mérito, a defesa não contestou os dados constantes do levantamento fiscal e nem apresentou nenhum documentos para tentar elidir a imputação.

Nesta situação, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Procedimento que foi observado pela fiscalização.

No mérito, na infração 04, quanto ao questionamento defensivo relativo ao leito em pó, conforme consta no demonstrativo que embasaram a infração o autuante considerou a redução da base e cálculo prevista no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA., não havendo reparo a ser feito.

Observo que a obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

No mesmo sentido o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe “No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Assim, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 05 é aplicada multa pela falta de entrega de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Observo que o contribuinte foi intimado a retificar as inconsistências dos Arquivos Magnéticos em 06/01/2011, inclusive a apresentação dos Registros 74 dos meses de Janeiro e Dezembro dos Exercícios de 2006 e 2007, os quais não foram apresentados.

A alegação de nulidade não pode ser acolhida, uma vez que o artigo 708-B, do RICMS/BA, determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. Por sua vez, o § 6º, do referido artigo, estabelece que a entrega do arquivo fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento. Para um melhor entendimento, transcrevo o parágrafo citado:

Art. 708-B

....

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Quanto ao pedido de redução da multa e a indicação de algumas decisões administrativas sobre o tema, embora exista previsão legal, o art.158, do RPAF/99, estabelece que as penalidades por descumprimento de obrigação acessória poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, mediante o atendimento de determinadas condições, quais sejam: 1) desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e 2) que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração são imputadas diversas faltas de recolhimento do ICMS. Logo, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Portanto, o procedimento fiscal ocorreu em prefeito atendimento aos dispositivos legais em vigor, estando corretamente caracterizada a infração, uma vez que os números apresentados no levantamento fiscal não foram contestados pelo impugnante.

Logo, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	62.334,17
2	PROCEDENTE	774,10
3	PROCEDENTE	1.251,63
4	PROCEDENTE	4.810,71
5	PROCEDENTE	19.012,98
TOTAL		88.183,59

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1246 a 1259, inicialmente reproduzindo as imputações e aduzindo que, após análise minuciosa do feito, sua defesa se restringe às imputações 1, 4 e 5.

O contribuinte argui decadência do direito de cobrança de ICMS em relação aos fatos geradores anteriores a 05/04/2006 citando o art. 150, §4º, do CTN; alínea “b” do inciso III do art. 146 da Constituição da República; Súmula Vinculante nº 08, aduzindo que esta julgou inconstitucional o prazo decadencial de 10 anos para cobrança de contribuições previdenciária, previsto na Lei Ordinária nº 8.212/91; decisões do STJ.

Em seguida, em relação à Infração 1 alega nulidade em razão de “erro de enquadramento legal.” Diz que segundo o Fisco, nos exercícios de 2006 e 2007, ele, recorrente, teria utilizado indevidamente o benefício de redução de base de cálculo em relação às operações internas realizadas com produtos não indicados no Anexo 5-A a que se refere o art. 87, inciso V, do RICMS/BA, discriminados, pela Autuante, nos Anexos 1-A e 2-A do Auto de Infração. Que, entretanto, à época da ocorrência de parte dos fatos geradores não existia o referido Anexo 5-A, que foi acrescentado ao art. 87, inciso V, do RICMS/BA, em 12 de abril de 2007, com a entrada em vigor do Decreto nº 10.316/07, e que a autuante adotou como base para o lançamento de ofício operações com mercadorias indicadas no Anexo 5-A, em data anterior a 12 de abril de 2007, quando não existia o referido anexo, o que entende que seria violação ao artigo 144 do Código Tributário Nacional, pelo que conclui que a Infração 01 deveria ser julgada nula, discordando da Decisão da Junta a respeito.

O contribuinte aduz que, em respeito ao princípio da eventualidade, analisa o mérito quanto à Infração 1. Que a autuação mereceria reparo porque o Fisco teria glosado indevidamente o benefício de redução de base de cálculo em relação a diversos produtos que seriam reconhecidos pelo Estado da Bahia como sendo efetivamente “aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (hardware), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação” porque, conforme diz que demonstrado em sua impugnação, este Estado, por meio do Decreto nº 10.459/07, publicado no DOE em 19/09/2007, incluiu diversos produtos no Anexo 5-A, em relação aos quais os contribuintes passaram a usufruir oficialmente do benefício de redução de base de cálculo a que faz alusão o art. 87, V, do RICMS/BA. Que, assim, esta inclusão seria um reconhecimento, pelo Estado da Bahia, de que esses novos produtos sempre teriam estado enquadrados no conceito de “aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática”, pelo que entende que este entendimento teria sido “apenas, oficializado pelo Decreto nº 10.459/07.”

Que, por conseguinte, não haveria dúvidas quanto a que as operações realizadas com Estabilizadores, No Break, Web Cans, Cartões de Memórias, e todos os novos produtos incluídos ao Anexo 5-A pelo Decreto nº 10.459/07, encontram-se abrangidas pelo benefício de redução de base de cálculo a que se refere o art. 87, inciso V, do RICMS/BA.

Que embora a Junta de Julgamento tenha concordado com o procedimento adotado pelo Fisco quanto à exclusão, do lançamento fiscal, das operações internas de saída com Kit Bateria, Fax Modem, Web Cam, Monitor/Televisor, Cartucho Color, Palm, etc., por se enquadrarem como aparelhos e/ou equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros exclusivos em informática, conforme o inciso V do art. 87, o mesmo raciocínio não foi aplicado para as operações com estabilizadores e nobreaks, que também foram incluídos ao Anexo 5-A pelo Decreto nº 10.459/07.

Diz que a Junta manteve no lançamento fiscal os produtos estabilizadores e nobreaks, no período de 01/01/2006 a 12/04/2007, em decorrência da observância ao Parecer nº 12468/06 da GECOT que os considerou, na época, como produtos de tributação normal, considerados como produtos de uso de informativa apenas quando da inclusão no Anexo 5-A a que se refere o art. 87, V, do RICMS/BA.

Que, contudo, teria havido reconhecimento legal expresso por parte do Estado da Bahia, por meio de norma posterior e hierarquicamente superior ao Parecer nº 12468/06 da GECOT, o Decreto nº 10.459/07, e isto foi desconhecido pela Junta, que deixando de aplicar o benefício de redução de base de cálculo em relação às operações de saída realizadas com estabilizadores e *no breaks*, e a Decisão da JJF teria violado o princípio da legalidade.

O recorrente pugna pela exclusão, do lançamento fiscal, das operações realizadas com todos os novos produtos incluídos ao Anexo 5-A, pelo Decreto nº 10.459/07, em especial com estabilizadores e *no breaks*, afirmando que se encontrariam abrangidos pelo benefício de redução de base de cálculo a que se refere o art. 87, inciso V, do RICMS/BA, reiterando o seu pedido no sentido de que o processo fosse baixado em diligência, a fim de que restasse comprovado que os demais produtos glosados pelo Fisco estariam abrangidos pelo art. 87, V, do RICMS/BA, pelo que não teria havido mácula na utilização do benefício de redução de base de cálculo em relação às operações de saída realizadas com tais produtos.

Em relação à Infração 4 aduz que, ao contrário do decidido pela Junta, o demonstrativo fiscal de fl. 596 não comprovaria a correção dos procedimentos da Fiscal Autuante, porque não haveria, neste documento, qualquer demonstração do valor do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição. Que a Autuante se limitara a efetuar o cálculo entre o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas neste Estado, e a alíquota interestadual prevista na legislação da Unidade da Federação de origem, razão pela qual ele, recorrente, teria ficado impossibilitado de verificar como se chegou à base de cálculo da antecipação parcial do ICMS sobre a qual a multa foi aplicada. Que por não ter sido demonstrado, com segurança, a base de cálculo da antecipação parcial do ICMS sobre a qual a multa foi aplicada, reitera o pedido no sentido de que a Infração 4 seja julgada nula, nos termos do artigo 18, inciso IV, “a”, do RPAF/99.

Quanto à Infração 5, aduz que a Junta sustentou que ele, contribuinte, foi intimado para retificar as inconsistências dos arquivos magnéticos dos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2006 e 2007, os quais supostamente não foram apresentados, razão pela qual a Junta teria concluído que a alegação de nulidade não poderia ser acolhida, tendo em vista o quanto disposto no artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA. Que, contudo, pela descrição da infração 5, confirmadas pela Junta de Julgamento Fiscal, verifica-se que se ele, recorrente, foi intimado para retificar as inconsistências, por óbvio, os arquivos magnéticos haviam sido apresentados ao Fisco Baiano em momento anterior. Aduz que, nesta linha de intelecção, ter-se-ia que a acusação que recai sobre ele, recorrente, seria, em verdade, a de entrega de arquivos magnéticos com a verificação de inconsistências, ou, mais precisamente, entrega de arquivos magnéticos com a omissão de dados, acusação que se encontra capitulada na alínea “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Que, contudo, o Fisco fundamentou a Infração 05 na alínea “j”, do referido inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que se refere a situação diversa, a de falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída no Registro 74. Que, portanto, enquanto à alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 refere-se à falta de entrega no prazo regulamentar de arquivo magnético, a alínea “i” refere-se a entrega com omissão de operações.

Que se trata de infrações diversas e o Fisco e a Junta não poderiam tratar uma pela outra. Diz que por este motivo a auditagem realizada na presente ação fiscal seria, neste ponto, incorreta e insegura, pois a descrição dos fatos, tampouco o direito invocado pela Autuante, condiziria com a realidade, o que inviabilizaria o seu pleno exercício do direito de defesa.

O Recorrente aduz que em face da insegurança que teria sido trazida pela infração 5, reitera o seu pedido no sentido de que seja declarada a sua nulidade total, com fulcro no art. 18, inciso II, III e IV, “a”, do RPAF/99, reformando-se, por consequência, o entendimento manifestado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

O contribuinte expõe que caso ultrapassada a preliminar de nulidade da Infração 5, o que não aduz não se acreditar, reitera o seu pedido no sentido de que seja, ao menos, aplicado o benefício de redução ou cancelamento da multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, nos termos do §7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, considerando que a irregularidade eventualmente encontrada nos arquivos magnéticos não teria resultado de ato intencional, mas de mera falha operacional, sem qualquer grau de intenção de lesar o Fisco. Aduz que tanto assim seria que as inconsistências do Registro 74 nos arquivos magnéticos, resultante de dificuldades técnicas na sua elaboração, não impediram o lançamento de ofício. Afirma que, além disto, o livro Registro de Inventário foi entregue em 19/01/2011 à Autuante, razão pela qual todas as informações porventura existentes no Registro 74 estavam à disposição da fiscalização, pelo que não se poderia alegar óbice ou impossibilidade de realizar o lançamento de ofício.

O contribuinte conclui pedindo que seja reformado o acórdão de base, para julgar nulo e/ou improcedente o Auto de Infração em julgamento. Afirma que, caso ultrapassada a nulidade arguida relativamente Infração 1, reitera o seu pedido no sentido de que o processo seja baixado em diligência, a fim de que se comprove que os produtos glosados pela Autoridade Fiscal encontrar-se-iam abrangidos pelo art. 87, V, do RICMS/BA, em especial os novos produtos incluídos ao Anexo 5-A, pelo Decreto nº 10.459/07, e que, portanto, não teria havido mácula na utilização do benefício de redução de base de cálculo.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 1263 a 1268 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido.

Quanto à alegação de decadência, aduz que deve ser afastada porquanto o artigo 107 do COTEB, em conformidade com o §4º do artigo 150 do CTN, prevê o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Que portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2006 teve início em 01/01/2007, a autuação foi realizada em 30/03/2011, com intimação ao sujeito passivo em 05/04/2011. Aduz que no caso presente o contribuinte não recolheu o tributo e a fiscalização realizou o lançamento de ofício, pelo que se aplica o artigo 173, I, do CTN.

Assevera que, compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, quanto o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99, tendo a autuante elaborado demonstrativos detalhados das infrações. Afirma que as argüições de nulidade devem ser rechaçadas.

Quanto à Infração 1, aduz que a Autuante descreve, com clareza solar, a apuração de imposto recolhido a menos em razão da utilização indevida da base de cálculo referente às operações internas com produtos não indicados no Anexo 5-A, conforme redação dada ao inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, discriminados nos Anexos 1-A e 2-A. Que a autuante fundamenta o procedimento fiscal na legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Que o Anexo 5-A foi introduzido pela Alteração nº 87 ao RICMS/BA, com efeitos a partir de 12/04/2007, razão pela qual a autuante concordou com a exclusão, no período de 12/04/2007 a 18/09/2007, de diversos produtos em decorrência do seu enquadramento como aparelhos e/ou equipamentos para processamento de dados e seus periféricos, bem como suprimentos para armazenamento de dados e outros para uso exclusivo em informática, conforme disposto no artigo 87, V, do RICMS/BA.

Que o pedido para exclusão, do lançamento tributário, das operações com todos os produtos incluídos no Anexo V do RICMS/BA, em especial estabilizadores e *no breaks*, não poderá ser acolhido em face da inserção do Anexo 5-A, no RICMS/BA, apenas em 12/04/2007. Que, assim, no período de 01/01/2006 a 12/04/2007, os produtos estabilizadores e *no breaks* estavam submetidos ao regime normal de tributação, conforme entendimento do Parecer GECOT 12468/2007.

A Procuradora expõe que quanto ao requerimento para a realização de diligência, o Recorrente não indicou qualquer produto que tenha sido objeto de glosa indevida, no lançamento de ofício ora em julgamento.

A Representante da PGE/PROFIS expõe que, quanto à Infração 04, não merece acolhida a alegação de insegurança na determinação da base de cálculo porque consta, à fl. 596, planilha indicando o valor do ICMS destacado na origem. Que o sujeito passivo sequer contestou os dados apurados no levantamento fiscal e também não colacionou provas documentais capazes de elidirem a exigência fiscal.

Quanto à Infração 5, aduz que a nulidade suscitada não deve prosperar porquanto descritos com exatidão infração, infrator, e fundamentos legais, quais sejam estes os artigos 686 e 708-B, do RICMS/BA, e o artigo 42, XIII, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Que a autuante descreveu a exigência fiscal nos seguintes termos: falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Que, consoante preceitua o artigo 708-B do RICMS/BA, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Que, de outro lado, o §6º do artigo 708-B estabelece que a entrega do arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Que, assim, resta claro que a autuante descreveu a infração, e o respectivo fundamento legal, com clareza e precisão, tendo o recorrente compreendido o motivo da autuação e exercido o direito de defesa, conforme comprovam os conteúdos das peças defensivas carreadas ao processo.

A Procuradora afirma comungar da opinião de que inexistem, nos autos, circunstâncias e provas materiais que justifiquem a dispensa, ou redução, da multa aplicada. Que, em verdade, não constam no PAF provas contundentes de que a conduta infracional adotada pelo contribuinte tenha sido praticada sem dolo e que não tenha acarretado a falta de recolhimento de tributo.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 01, 04 e 05.

Preliminarmente, em relação à alegação recursal relativa à pretendida ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Estadual da Bahia, em relação aos fatos geradores anteriores a 05/04/2006, observo que os artigos 150, §4º, e 173, ambos do CTN, estabelecem:

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 administrativo, 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 à homologação, será ele de 5 (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;

II – da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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 se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, em relação aos quais o contribuinte alega se ter operado a decadência, foram relativos ao exercício de 2006, e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2012.

Assim, por este aspecto comungo do entendimento da PGE/PROFIS no sentido de que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 30/03/2011.

Outro aspecto levantado pelo sujeito passivo diz respeito à caracterização do lançamento em si, posto que na presente lide o sujeito passivo advoga no sentido de que o lançamento realizado pela autoridade fiscal só se encontraria definitivamente realizado com a cientificação ao sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, nessa linha de raciocínio expondo que só após tal cientificação ao sujeito passivo é que o lançamento de ofício teria eficácia no sentido de evitar que ocorresse a decadência relativa ao direito de constituição do crédito tributário.

Contudo, equivoca-se o contribuinte.

Na realidade, o lançamento de ofício, na situação em foco com a lavratura de Auto de Infração, é ato do Poder público, que figura como sujeito ativo da relação tributária.

Por conseguinte, tendo o Estado o poder-dever de agir, e neste sentido o poder-dever de constituir o crédito tributário, o lançamento do crédito tributário é apenas um ato administrativo vinculado.

A eficácia de tal ato administrativo, relativamente à cientificação ao sujeito passivo, diz respeito a contagem de prazo para impugnação pelo contribuinte, e prazo para pagamento integral, ou parcial, do débito lançado pela autoridade fiscal. Por exemplo, se um Auto de Infração é lavrado, e o sujeito passivo não é do mesmo regularmente cientificado, tal lançamento não poderá ter eficácia quanto à cobrança administrativa, e/ou judicial, do débito lançado.

Mas a data da realização do lançamento de ofício, ato da administração pública, tem eficácia relativamente à interrupção da contagem para efeito de caracterização de decadência do direito de lançamento, independentemente da cientificação ao contribuinte, que é outro, e necessariamente posterior, ato administrativo.

O contribuinte pode, e deve, declarar o imposto que calculou devido ao Estado, mas este, na condição de sujeito ativo da relação jurídica, é aquele que tem o poder de analisar e homologar o auto-lançamento de débito tributário previamente realizado pelo contribuinte e, mesmo quando não tenha sido esse auto-lançamento realizado, proceder ao lançamento de ofício. Assim define o CTN em seu artigo 142:

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação

correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(destaques nossos)

Portanto, a data de lavratura do Auto de Infração é a data válida para efeito de impedir que se opere a decadência do direito de lançar o crédito tributário, e não a data de cientificação ao contribuinte, pelo que não acolho a arguição recursal neste sentido.

Quanto ao questionamento acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

Incialmente, 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:

(...)

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.”

Pelo exposto, voto no sentido da não ocorrência da decadência em relação ao período objeto do lançamento fiscal, neste incluído o exercício de 2006.

Também preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, e no Parecer da PGE/PROFIS carreado aos autos, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Por oportuno, em relação especificamente à imputação 01, verifico que de fato na imputação estão citados o artigo 87 e o Anexo 5-A, ambos dispositivos do RICMS/BA, como base da imputação, e que esta refere-se a fatos geradores dos exercícios de 2006 e de 2007, ou seja, o Fisco não discriminou, no texto da imputação, que o texto do Anexo 5-A seria utilizado a partir de sua criação, mas por se tratar da criação de um benefício fiscal, por força do ordenamento jurídico-tributário brasileiro é evidente que a legislação citada na imputação só pode ser aplicada ao momento em que vigente, pelo que inexiste qualquer base lógica para a arguição defensiva quanto à nulidade da imputação porque o Anexo 5-A teria sido citado em acusação que atinge, também, período em que este Anexo era inexistente. A acusação baseia-se exatamente no fato de que o contribuinte usou, em momento anterior, benefício que só depois veio a ser criado.

Assinalo, ainda, que embora na preliminar de nulidade arguida contra a imputação 1 o contribuinte tente usar a seu favor a argumentação de impossibilidade de uso prévio de hipótese normativa, alegando que o Anexo ainda não existia e não poderia ser aplicado como base para excluir operações do benefício de uso de base de cálculo reduzida, para fatos anteriores a 12/04/2007, mas contraditoriamente veio depois o mesmo contribuinte a pugnar para que alteração sobrevinda à redação original do multimencionado Anexo 5-A, ampliando o benefício fiscal, fosse aplicada retroativamente, ou seja, fosse aplicada para fatos geradores ocorridos quando ainda não vigente a alteração ampliadora, dado que, por atingir o mérito da lide, trataria oportunamente ainda neste voto.

Em relação especificamente à arguição de nulidade quanto à imputação 4, por falta de clareza e de segurança na acusação, observo que o Fisco acostou demonstrativo fiscal à fl. 596 (volume III), elaborado com base nas cópias de notas fiscais às fls. 597 a 606, e o contribuinte não nega os dados de seus documentos fiscais utilizados na auditoria realizada, nem aponta erro de cálculo do Fisco. No demonstrativo fiscal estão indicados os valores utilizados como base de cálculo da imputação, pelo que não procedem as alegações recursais em contrário.

Quanto à alegação de nulidade da imputação 05, observo que melhor sorte não tem o recorrente, posto que o Termo de Intimação, com anexos, às fls. 11 a 32, e com data de ciência do contribuinte em 06/01/2011, concede ao intimado o prazo de trinta dias para correção das inconsistências discriminadas pelo Fisco na mencionada intimação. O demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal está à fl. 607 (volume III). Ou seja, o contribuinte foi acusado de não entregar ao Fisco, quando para tanto intimado, os arquivos magnéticos devidamente corrigidos.

Não se trata de multa por falta de envio mensal de arquivo magnético. O contribuinte enviou os arquivos a esta SEFAZ, e o fez de forma incorreta, ou seja, enviou arquivos com dados inconsistentes. O Fisco, detectando esta irregularidade, intimou o sujeito passivo para corrigir os erros dos arquivos enviados mensalmente. Os erros dos arquivos magnéticos foram verificados exatamente a partir da escrita fiscal do contribuinte, posto que os dados de parte dos registros de seus arquivos magnéticos não espelhavam, e deveriam rigorosamente espelhar, os dados que o contribuinte escriturou em seu livro Registro de Inventário.

Ou seja, o livro Registro de Inventário que o contribuinte apresentou ao Fisco comprova que há irregularidade a ser corrigida. Não comprova que o Fisco poderia efetivar roteiros de auditoria fiscal utilizando tal livro fiscal, ou utilizando os arquivos magnéticos que contêm dados inexatos. Pelo contrário, a escrita fiscal comprova a irregularidade quando ao cumprimento da obrigação acessória de informação correta de dados nos arquivos magnéticos que devem ser enviados mensalmente a esta SEFAZ, por força do Convênio ICMS 57/95 e legislação correlata.

Argüições de nulidade rejeitadas.

Observo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Por outro lado, quanto ao argumento, levantado pelo contribuinte, no sentido de que na Infração 05 não estaria caracterizado o dolo, ou má-fé, do contribuinte, observo que o contribuinte, não apenas durante uma ocasião isolada, mas durante o período objeto da apuração fiscal, continuadamente deixou de declarar corretamente os dados fiscais nos registros dos seus arquivos magnéticos, situação esta comprovada nos autos deste processo.

Com este procedimento retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da totalidade das operações que praticou, e do estoque que possuía ao encerrar seu exercício fiscal.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto relativo às operações que praticou teria sido regularmente recolhido ao erário. Observo que inexiste comprovação de falta de pagamento de imposto ao erário, nos autos deste processo, pelo que igualmente inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela Decisão de primeiro grau.

Voto pela manutenção da Decisão *a quo* no sentido da manutenção da multa relativa à Infração 05, tal como indicada no Auto de Infração.

No mérito, não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

Observo que, quanto ao mérito, na realidade o contribuinte apenas se refere objetivamente à imputação 1, tendo sido já tratadas neste voto as demais objeções ao lançamento e à Decisão de base, levantadas em Recurso, relativamente às infrações 1, 4 e 5.

O recorrente reprisa, em sede de Recurso, quanto à imputação 1, o pleito no sentido de que o benefício fiscal objeto da situação em foco, incida sobre todas as operações que praticou.

Contudo, tal como já sobejamente exposto, tratando-se de benefício fiscal, no caso, o benefício fiscal de redução de base de cálculo, a interpretação da norma deve ser restritiva, pelo que não se pode pretender que um benefício ampliado posteriormente retroaja para atingir etapa de vida quando ainda inexistente tal ampliação.

Assinalo, ainda, que nos termos do artigo 111, I, do CTN, interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre exclusão do crédito tributário.

Impossível atender-se ao apelo recursal quanto a que, por ter o legislador, posteriormente, chegado à conclusão de que determinado produto deveria ser alcançado pelo benefício fiscal isto implicaria que todas as operações anteriores, praticadas com tal produto, estariam automaticamente atingidas pelo benefício fiscal.

É preciso manter presente que se não houvera o benefício fiscal, as operações estariam sob forma comum de apuração de tributo a recolher, e a desoneração concedida pelo ente tributante só passa a ser um direito do contribuinte quando tal desoneração passa a existir na hipótese normativa, e a esta não preexiste.

Por outro lado, o Parecer exarado pela GECOT/SEFAZ, e citado nos autos, não é a base normativa para a Decisão da e. JJF, como equivocadamente afirmou o recorrente, e sim o conteúdo de tal

Parecer apenas explicita o teor da norma, ou seja, o teor da abrangência do conteúdo do Anexo 5-A do RICMS/BA.

O trabalho fiscal foi revisado pela autuante que devidamente excluiu, conforme já didaticamente exposto na Decisão *a quo*, os produtos que estavam ao abrigo do benefício fiscal concedido.

Por oportuno assinalo que a base do lançamento relativo à imputação 01 é a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo para produtos considerados como de tributação normal.

A autuante explicitou que após a autuação, atendendo a parte das alegações defensivas, as operações internas de saída dos produtos Kit, Bateria, Fax Modem, *Web Cam*, Monitor/televisor, Cartucho *Color*, *Palm*, Cartão Pcmcia, Memória 512 MB e Memória 256 MB foram excluídos dos demonstrativos fiscais denominados 1-A e 2-A por se enquadrarem como aparelhos e/ou equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, conforme disposto no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, no período de 01/01/2006 a 12/04/2007.

O Fisco esclareceu também que, quanto à cobrança da diferença do imposto relativa às operações de saída dos produtos estabilizadores e *nobreaks*, no mesmo período, observou o teor do Parecer Nº 12468/06 da GECOT que os considerou, na época, como produtos de tributação normal, entendendo que essas mercadorias foram consideradas como produtos de uso de informática apenas quando da inclusão no Anexo 5-A a que se refere o art. 87, V, pelo Decreto nº 10.459 de 18/09/2007. Também explicou que assim foram excluídos do Demonstrativo 2A os valores referentes ao período de 12/04/2007 a 18/09/2007.

Explicou ainda que para demais produtos objeto do levantamento fiscal, que identificou como Jet Direct (Projetor), Fax Aparelho, Cooler (Projetor), Câmara Fotográfica, Capa, Maleta p/Notebook, Aparelho Telefone, Tela Anti-reflexiva, Bar (Cofre) etc., embora tenham sua utilização também na área de informática, foram indevidamente considerados pelo contribuinte como se fossem de uso exclusivo na área de informática.

O Fisco comprovou, também, com base nos documentos que colacionou aos autos, que os produtos identificados como *jet direct* e *cooler*, considerados como produtos de informática pelo contribuinte, correspondem na realidade a projetor e lâmpada, assim como o item bar corresponde ao produto cofre, conforme Notas Fiscais de saída que enumerou e colacionou aos autos, dados documentais estes não contestados pelo contribuinte.

Portanto, comprovado pelo Fisco, e assim julgado pela Junta, que é devido imposto pelas operações não atingidas pelo benefício fiscal, tal como levantado na ação fiscal em foco, é parcialmente procedente a imputação 01, nos termos da Decisão de base.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à preliminar de decadência)

Divirjo do entendimento firmado pela i. Relatora com relação à decadência arguida no Recurso Voluntário.

O instituto da decadência visa regular a perda de um direito devido ao decurso do tempo. Na verdade, podemos dizer que seu objetivo precípua é a manutenção da segurança jurídica, na medida em que impõe ao credor um prazo para que ele exerça o seu direito, determinando que o seu direito não é eterno e não pode se sobrepor ao do devedor que ficaria constantemente ameaçado com, no caso do direito tributário, uma possível e indefinida constituição do crédito.

Toda a problemática no campo do direito tributário ocorre por conta das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, *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”.

Por mais que ainda haja alguma divergência sobre o tema o não se pode negar é que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada. Está expresso na Constituição Federal de 1988 que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, conforme se depreende do seu art. 146, III, “b”:

“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).

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei 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.

Ainda sobre o tema, como dito acima, o CTN trouxe duas regras no que concerne ao termo *a quo* do prazo decadencial – o art. 173, I e o §4º do art. 150 – competindo ao intérprete decidir quando ocorrerá o lançamento por homologação (no momento da ocorrência do fato gerador) e quando ocorrerá o lançamento de ofício (dilatando o termo *a quo* para o primeiro dia útil do exercício seguinte).

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, tomado 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".

Na análise do caso em tela, observo que o crédito tributário constituído através deste auto de infração refere-se a ICMS recolhido a menor, por onde emprego o prazo do art. 150, §4º, do CTN.

Em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar, em parte, a decisão recorrida, acolhendo a decadência do período de janeiro e fevereiro de 2006.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **232889.0001/11-1**, lavrado contra **DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.359,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$23.823,69**, prevista nos incisos II, “d” e XIII-A “j”, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Álvaro Barreto Vieira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Fernandes, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à preliminar de decadência)

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS