

PROCESSO - A. I. N° 279692.0006/11-6
RECORRENTE - TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0315-04/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 19/12/2013

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0386-12/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. ICMS expressamente destacado no corpo da nota. Legítima a pretensão de consignação na escrita fiscal do sujeito passivo. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM O RETORNO. b) REMESSA DE BENS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO SEM O RETORNO. Infrações parcialmente elididas, após exclusão, através de diligência fiscal, de valores correspondentes às mercadorias indevidamente lançadas na apuração das imputações. Modificada a Decisão recorrida. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário por se encontrar irresignada com a Decisão da 4^a JJF, a qual, através do Acórdão n°. 0315-04/11 considerou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 24/03/2011 exigindo ICMS no valor total de R\$106.403,44, decorrente de quatro infrações, abaixo descritas, todas elas objetos do inconformismo:

Infração 01 - Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do imposto decorrente de operação não escriturada nos livros próprios. Saída de mercadoria, com destaque de ICMS na nota fiscal, sem o respectivo registro no Livro de Saídas (fls. 07 a 09). Valor lançado de R\$ 5.900,81. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei n° 7.014/96.

Infração 02 - Utilização indevida de crédito, relativo a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento. O autuado remeteu bens do ativo imobilizado para conserto e industrialização. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 10/11). Valor lançado de R\$ 95.716,80. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei n° 7.014/96.

Infração 03 - Falta de recolhimento, em virtude de remessa de bens para conserto sem o devido retorno. O sujeito passivo remeteu bens do ativo imobilizado para conserto. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 12/13). Valor lançado de R\$ 4.341,48. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n° 7.014/96.

Infração 04 - Falta de recolhimento, em função de remessa de bens para industrialização sem o competente retorno. O contribuinte remeteu bens do ativo imobilizado para industrialização. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 14/15). Valor lançado de R\$ 444,35. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou, às fls. 36/45, impugnação tempestiva, tendo, em seguida, o auditor prestado a informação fiscal de praxe (fls. 78/81).

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na defesa.

Consoante o que foi destacado na informação fiscal, os números constantes das colunas “Aliq %” e “Base de Cálculo”, insertas no corpo da peça vestibular, existem apenas para o mero fim ilustrativo, sendo que o imposto lançado na coluna “Valor em Real” foi pertinentemente calculado, de forma comprehensível e até mesmo didática, nos levantamentos de fls. 07 a 15.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

Quanto às multas cominadas, de acordo com os arts. 158/159 do RPAF/99, por serem resultantes de descumprimento de obrigações principais, esta primeira instância de julgamento administrativo não possui atribuição legal para apreciar pedido de redução ou de cancelamento, o que pode ser feito junto à Câmara Superior do CONSEF, ao apelo da equidade.

No mérito, a infração 01 decorre da falta de escrituração – no Livro Registro de Saídas – do ICMS destacado na nota fiscal 014.111 (fl. 09), na cifra de R\$ 5.900,81, o que restou comprovado na cópia de fl. 71, onde o número do documento está registrado, mas sem tributação.

O impugnante sustentou que a operação registrada na nota fiscal 014.111 foi de devolução de equipamentos para a sociedade empresária HP – HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., relacionados nas notas de números 336.604, 036.605 e 036.606. Nesses termos, aduziu ter observado os arts. 651/652 do RICMS/97, transcritos às fls. 42/43.

Com efeito, o código fiscal de operação referenciado na nota é o de número 6949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado). Classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores do Anexo do assim denominado Convênio CFOP.

Entretanto, observo que não foram trazidas aos autos as notas fiscais 336.604, 036.605 e 036.606 (fl. 74), que o contribuinte alegou serem relativas às entradas dos itens devolvidos. Uma vez que o ICMS foi expressamente destacado no corpo da nota, é legítima a pretensão de que seja consignado na escrita. Conforme acusação, o contribuinte não lançou a nota no Livro Registro de Saídas.

Os arts. 651 e 652 do RICMS da Bahia em nada socorrem o autuado. O primeiro dispõe que o imposto deve ser registrado no corpo do documento fiscal, como efetivamente foi, enquanto o segundo permite o creditamento, na hipótese de devolução cuja entrada tenha ocorrido sem o exercício desse direito (de crédito).

Infração 01 caracterizada.

Verifico, no que diz respeito às outras infrações, que a defesa estribou-se em uma série de simples afirmações, destituídas de elementos probatórios. Lembrando que o prazo de 180 dias pode ser prorrogado por dois períodos idênticos, o que não aconteceu, ressaltou o defendente que, ao contrário do que afirmaram os auditores, comprovou o efetivo retorno, de acordo com o que lhe foi solicitado. Afirmou que as notas fiscais dos retornos foram emitidas antes da intimação, e quando da lavratura do lançamento de ofício as mercadorias já estavam no estabelecimento. Todavia, nada trouxe para comprovar as alegações, situação que reclama a aplicação do art. 143 do RPAF/99.

Quanto ao pleito de postergação de prazo, devem ser observadas as normas do § 5º do art. 123 do RPAF/99.

Infrações 02, 03 e 04 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 101 a 111), apresentando inicialmente questões prejudiciais de mérito.

Suscitou, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, a decadência do direito do fisco de lançar o tributo relativo ao período compreendido entre janeiro e março de 2006, requerendo, nos termos do art. 156, V e VII, da mesma norma legal, a extinção do crédito tributário apurado no referido período.

Ainda em preliminar, arguiu a nulidade do Auto de Infração por infringir o artigo 39 c/c 18 do Decreto nº 7.629/99, que transcreveu.

Alegou que os valores mencionados no auto, relativos à base de cálculo e alíquota, divergem dos quadros demonstrativos, tornando difícil para o recorrente saber se os valores utilizados para calcular o imposto estão corretos, bem como se o imposto realmente é devido.

De outra parte, destacou ser fácil constatar que as imprecisões da autoridade fiscal violaram os artigos 39 c/c 18 do Decreto nº 7.629/99, bem como os princípios da ampla defesa e do contraditório, norteadores do processo administrativo fiscal, conforme estabelece a própria Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LV.

Transcreveu doutrina do jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, como suporte para o entendimento, concluindo que não poderia subsistir a autuação do modo como consubstanciada, pois as descrições dos valores da base de cálculo e da alíquota não se encontram em harmonia com a realidade dos fatos, situação essa, por si só, suficiente para que fosse declarada a nulidade das infrações mencionadas no Auto de Infração combatido.

No que tange ao mérito, manifestou ser o autuado, pessoa jurídica regularmente constituída, cuja atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações, conforme estatuto social anexado.

Referentemente à infração 01, observou que a cobrança versa sobre o ICMS destacado na Nota Fiscal nº 014111 (doc. 04 da Impugnação), no valor de R\$ 5.900,81 (cinco mil, novecentos reais e oitenta e um centavos), cuja operação vinculada consiste em devolução de equipamentos para a sociedade empresária HP – HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., relacionados nas notas de nºs 336.604, 036.605 e 036.606 e para realização dessa operação, o recorrente disse ter observado os arts. 651/652 do RICMS/97, transcritos.

Assim, sustentou o Recorrente ser indevido o ICMS, porquanto agiu corretamente ao destacar o valor do imposto, mas as autoridades fiscais não perceberam que se tratava de mercadorias para devolução de equipamentos, assim, isentas do recolhimento do imposto.

Sequenciando, o sujeito passivo passou a abordar, em conjunto, as outras três infrações (nºs 02, 03 e 04), ressaltando atuar no segmento das telecomunicações e para desempenhar as suas atividades remete equipamentos para conserto e industrialização do seu ativo imobilizado para terceiros, pois precisam de constante manutenção.

Argumentou que, ao contrário do que afirmaram os autuantes, comprovou o efetivo retorno, de acordo com o que lhe foi solicitado, sublinhando que as notas fiscais desses retornos foram emitidas antes da intimação, e quando da lavratura do lançamento de ofício as mercadorias já estavam no estabelecimento.

Disse que caberia, no específico, a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória (art. 915, XVIII, RICMS/97 c/c art. 158, RPAF/99), e requereu a conversão.

Concluiu, postulando o conhecimento do Recurso e acolhimento das preliminares de decadência e nulidade e, no mérito, o seu provimento para reformar o acórdão recorrido, julgando improcedente todas as imputações.

Pleiteou, também, dilação de prazo, para apresentar relatório contendo conciliação entre as notas fiscais de remessa e as de retorno, com as respectivas datas e valores, em prestígio ao direito da ampla defesa e do contraditório do recorrente.

À fl. 117, o contribuinte ingressou com petição para juntar aos autos cópias de notas fiscais (fls. 118 a 383), que entendeu atestarem a improcedência da autuação.

Encaminhados os autos para a PGE/PROFIS, através do Parecer de fl. 386, a ilustre Representante da Procuradoria, após um breve relato sobre o feito, sugeriu a conversão do feito em diligência para ASTEC, em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, com o objetivo de verificar se os documentos fiscais colacionados aos autos logravam comprovar o efetivo retorno das mercadorias.

À fl. 389, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, após apreciação em pauta suplementar, decidiu acatar a sugestão da PGE/PROFIS, quanto à diligência, divergindo apenas em relação ao realizador da diligência, encaminhado o pedido para a IFEP SERVIÇOS, para que os autuantes verificassem todas as notas acostadas e fizessem o cotejamento entre elas, de modo a conciliar as notas de remessa com as de retorno e, ao final, caso se comprovasse o efetivo retorno das mercadorias cujos créditos de ICMS foram glosados, que se elaborasse novo demonstrativo para as imputações em foco, indicando, apenas, as operações em que não houve a comprovação do retorno.

Às fls. 391/392, os autuantes, em atendimento ao solicitado, após considerações sobre a quantidade de documentos ilegíveis e documentos sem relação com o PAF, manifestaram restar prejudicada a execução da diligência, tendo em vista a falta de qualidade e confiabilidade da documentação acostada.

Intimado, o sujeito passivo voltou a se manifestar (fls. 402/405), tecendo comentários sobre o posicionamento dos autuantes e requerendo a juntada de novas cópias físicas das notas fiscais anteriormente apresentadas e cópia magnética das mesmas notas, objetivando que fosse determinado aos fiscais o efetivo cumprimento da diligência solicitada pela Câmara.

Às fls. 703/704, os autuantes reiteram os termos da manifestação de fls. 391/392.

Reunida em sessão, no dia 13/03/2013, esta 2ª Câmara decidiu converter, mais uma vez, o processo em diligência para a IFEP Serviços para que os autuantes se dignassem a analisar os documentos acostados pelo recorrente, conforme solicitado anteriormente pela PGE/PROFIS, ao tempo em que reiterava as providências que deveriam ser cumpridas pelos diligentes.

Os auditores autuantes, às fls. 710/728, apresentaram informação fiscal, atendendo ao solicitado, na qual analisaram as notas fiscais de comprovação de retorno, elaborando a tabela de fls. 714 a 722, que indicava quais as notas fiscais realmente servíveis para elidir parte das infrações.

Concluíram, destacando que foi obtido, como resultado final para a diligência, novos demonstrativos de cobrança para as infrações 02, 03 e 04 (fls. 726 a 728 do PAF) e mantendo, em seu valor original, a infração 01.

Devidamente intimado (fls. 731/732), o sujeito passivo não se manifestou acerca do resultado final da diligência.

Retornados os autos à PGE/PROFIS, a douta Representante opinou pelo provimento parcial do Recurso, por entender que a diligência fiscal levada a efeito pelos autuantes, diante da presença de provas capazes de modificar o lançamento, adequou os valores com as devidas reduções do ICMS relativas às notas fiscais de retorno comprovadas, atinentes as “infrações 03 e 04”.

À fl. 739 consta despacho da Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acompanhando integralmente os termos do Parecer de fls. 736/738 da ilustre Procuradora Drª. Maria José Ramos Coelho, que concluiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO (Vencido - Preliminar de decadência)

Do estudo apurado do presente PAF, verifica-se que o Recurso Voluntário versa acerca da total irresignação do autuado com o julgamento do Auto de Infração supra identificado, onde lhe é imputado o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, as quais foram julgadas procedentes na primeira instância, cogitando de falta de recolhimento e utilização indevida de crédito fiscal do ICMS.

Inicialmente, discutir-se-á o tema suscitado pelo contribuinte relativo à decadência dos valores lançados, cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a março de 2006, sob a tese de que, por ser o ICMS um imposto por homologação, o crédito tributário estaria sujeito ao prazo estabelecido no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, isto é, cinco anos a contar do fato gerador.

Com efeito, o relator já firmou seu posicionamento derredor da aplicação do instituto da decadência em processos similares, considerando plausível o enquadramento do caso concreto no art. 150, § 4º, em vez do mandamento 173, ambos do Código Tributário Nacional, quando os documentos residentes no feito confirmam a existência de pagamento parcial do ICMS.

Assim, será adotado como fundamento deste Voto, o objetivo e bem exposto argumento lançado em decisões do ilustre Conselheiro Fabio de Andrade Moura, exemplificativamente naquela proferida através do Acórdão nº 0120-11/12, em perfeita identidade com o caso versado, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

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

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

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

(...)

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

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

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no

sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

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

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

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

“PREScrição E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVİDO. 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 PROVİDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”. (RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

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

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

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

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

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150,

do CTN. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer n° 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 n° 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 n° 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 n° 146.670, em 25 de maio de 2006, ementou que “se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se com a ocorrência do fato gerador, na forma disciplinada pelo § 4º do art. 150 do CTN (...).”.

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

3637. Em âmbito de Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a questão recebe tratamento distinto. Pode-se identificar sutil diferença de tratamento pretoriano. Em linhas gerais, tem-se a impressão de que se aplica a regra do § 4º do art. 150 do CTN na hipótese de pagamento antecipado.

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

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado

pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

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

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

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

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

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

(...)

49. Lembrando que nem toda a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, cuida somente de créditos tributários, e que, portanto, para efeitos daquela norma deve-se atentar à especificidade dos créditos, as observações aqui elencadas promovem síntese pontual, da forma que segue:

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado, podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);

c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente;

respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;

g) Para fins de cômputo do prazo de prescrição, nas declarações entregues antes do vencimento do prazo para pagamento deve-se contar o prazo prescricional justamente a partir do dia seguinte ao dia do vencimento da obrigação; quando a entrega se faz após o vencimento do prazo para pagamento, o prazo prescricional é contado a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração;

h) A súmula em apreço, em princípio, qualificaria interpretação literal: todo o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, estaria alcançado pela inconstitucionalidade. Porém, por tratar-se de matéria do mais amplo alcance público, o intérprete deve buscar resposta conciliatória, que não menoscabe expectativas de alcance de benefícios; principalmente, e do ponto de vista mais analítico, deve-se observar que há excertos do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que não seriam substancialmente alcançados pela Decisão do Supremo Tribunal Federal".

No caso em comento, o crédito tributário que se pretende constituir por intermédio deste Auto de Infração refere-se à utilização de crédito fiscal em montante superior ao devido relativamente às operações aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado.

Verifica-se, de logo, que o crédito fiscal lançado na conta-corrente do contribuinte não foi integralmente indevido, mas apenas uma parte sua, o que significa que a compensação feita entre créditos e débitos do ICMS estava, em parte, correta.

Ora, compensação é meio de pagamento, é modalidade de extinção do crédito tributário expressamente revista no art. 156, II, do CTN. Assim sendo, deve ser aplicada a máxima "Ubi eadem est ratio, ibi ide jus" (a mesma razão autoriza o mesmo direito), para que se conclua, sem sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, o direito potestativo de constituir o respectivo crédito tributário quanto aos fatos geradores de janeiro a novembro de 2004, irremediavelmente trágado pela decadência - intimação ao Auto de Infração em 14/12/2009 e o único ato preparatório formal é a intimação de fl. 18, datada de 08/01/2009, com prazo para conclusão da ação fiscal claramente expirado.

Ante o exposto voto pelo **acolhimento da decadência suscitada pelo recorrente, para declarar extinto o crédito objeto deste lançamento de ofício, quanto aos fatos geradores de 01 janeiro a 31 de novembro de 2004.**"

Dentro desse contexto, e com base na fundamentação acima exposta, analisando as infrações que foram imputadas ao sujeito passivo, rejeito o instituto da decadência, por entender que inexistiu recolhimento parcial para infrações tituladas como 01, 03 e 04, ao tempo em que, por ter ocorrido o recolhimento parcial, acolho a decadência para a increpação nominada como 02, apenas para os fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2006 a 29/03/2006, reduzindo, o lançamento para o valor final de R\$60.071,44.

Ultrapassada a preliminar de aplicação da decadência, vencido o posicionamento do relator por maioria de votos, passa-se a analisar a arguição de nulidade do Auto de Infração, por infringência ao artigo 39 c/c 18 do Decreto nº 7.629/99 RPAF/BA.

Sucede que o sujeito passivo, nas suas razões recursais, repetiu a tese da nulidade, alegando que a defesa e o contraditório ficaram prejudicados, em razão das informações contidas no Auto de Infração não serem suficientes para lhe dar conhecimento do fato que ensejou a lavratura da infração, pois a descrição dos valores da base de cálculo e da alíquota não se encontram em harmonia com a realidade dos fatos.

No particular, nenhuma razão assiste ao Recorrente, na medida em que, ressalte-se, argumento já bem apreciado na Decisão de piso, não se encontram presentes os vícios apontados, porquanto o Auto de Infração, além da descrição fática contida na peça inicial, se encontra lastreado nos demonstrativos de apuração do imposto acostados às fls. 09 a 21, indicando todas as Notas Fiscais constantes dos referidos demonstrativos, que instruíram os lançamentos objetos das imputações, os quais, comprovadamente, foram recebidos pelo contribuinte quando da ciência da lavratura do mesmo, consoante certificam os recibos de fls. 29/31.

Ressalte-se que se encontram destacados todos os elementos utilizados no desenvolvimento da auditoria fiscal, e componentes dos demonstrativos citados, ou seja, dados relativos ao mês, data, número da nota fiscal, Unidade da Federação, CFOP, valor das mercadorias, base de cálculo, valor do imposto destacado na nota fiscal, imposto apurado, ICMS pago e ICMS a pagar.

A par disso, não tem guarida o argumento de que a autoridade fiscal aplicou no Auto de Infração alíquota no percentual de 17%, enquanto nos quadros demonstrativos do ICMS foram aplicadas alíquotas diversas, como bem se manifestou a Decisão de primeira instância, na seguinte literalidade: *“Consoante o que foi destacado na informação fiscal, os números constantes das colunas “Aliq %” e “Base de Cálculo”, insertas no corpo da peça vestibular, existem apenas para o mero fim ilustrativo, sendo que o imposto lançado na coluna “Valor em Real” foi pertinentemente calculado, de forma compreensível e até mesmo didática, nos levantamentos de fls. 07 a 15.”*

Assim, desmerece acolhimento a preambular de cerceamento do direito de defesa, já que obedecido o processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, encontrando-se, a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, porquanto determinados, com clareza, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, nessa linha, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, frisado o aspecto de que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes, nos demonstrativos e demais documentos que fundamentam a autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Adentrando ao mérito da autuação, com relação à infração 01, a exigir ICMS decorrente de operação de saídas com o imposto destacado na nota fiscal, porém, sem lançamento no Livro Registro de Saídas, constata-se que o Recorrente, ao se reportar a ela, apenas declarou reiteradas as razões aduzidas na impugnação, sem apresentar qualquer argumento novo, sustentações que já foram bem analisadas na Decisão farpeada, julgamento com o qual concordo inteiramente, na linha de que o sujeito passivo não logrou êxito em elidir a acusação, portanto, no particular, permanece o lançamento tributário.

Ressalte-se ter o autuado sustentado que a operação registrada na nota fiscal 014.111, única objeto da autuação, foi de devolução de equipamentos para a sociedade empresária HP – HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., relacionados nas notas de nºs 336.604, 036.605 e 036.606, que seriam relativas às entradas dos itens devolvidos, documentos esses que o autuado, até o presente momento, não trouxe ao feito, para que se pudesse apreciar a aplicação dos artigos 651 e 652 do RICMS, que dispõem sobre os lançamentos do imposto nas operações de devolução.

No tocante às outras três infrações (02, 03 e 04), o cerne da questão é eminentemente fático, pois versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal e falta de recolhimento do ICMS, apuração correlata a operações de remessa de bens para conserto ou industrialização, todas sem comprovação do devido retorno.

Nas razões recursais, o sujeito passivo, objetivando elidir as imputações, colacionou cópias de documentos, notas fiscais, que comprovariam a remessa e o retorno das mercadorias (fls. 117 a 383).

Contudo, a ação fiscal foi objeto de duas diligências, quando esta CJF, inclusive apoiando sugestão da PGE/PROFIS, remeteu os autos para a IFEP Serviços, objetivando a busca da verdade material, atendendo ao quanto questionado pelo contribuinte no que concerne às inconsistências que teriam comprometido o levantamento fiscal, o qual serviu de base para autuação.

Assim é que, como já aludido no relatório, os auditores diligentes, em Parecer de fls. 710/728, e 729 com anexos em arquivo magnético, demonstraram, de forma cristalina e didática, sem margem a dúvidas, a redução dos valores dos lançamentos para as imputações 02, 03 e 04, com base nas notas fiscais legíveis colacionadas pelo sujeito passivo.

Daí, após análise das peças e documentos constantes da proceduralidade, principalmente da conclusão da diligência apresentada pelos autuantes, onde se encontra bem delineado o fulcro

das questões, diligência que reputo decisiva para o julgamento da lide, sobejam motivos para comungar do entendimento emanado pela PGE/PROFIS, através do Opinativo de fl. 736 a 738, na linha de que restou incontestavelmente demonstrado que as considerações técnicas e depurações apresentadas pelos autuantes na diligência da IFEP se apresentam corretas e, por conseguinte, suficientes para reduzir as infrações nºs 02, 03 e 04.

Nesse quadro circunstancial, confirmo os demonstrativos de fls. 726, 727 e 728, respectivamente, resultando nos valores seguintes:

Infração 02- R\$50.110,48;

Infração 03- R\$2.317,49;

Infração 04- R\$188,04.

Por tais fundamentos, posiciono-me no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, por ser de Direito e Justiça.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Com todo respeito que tenho pelo voto prolatado pelo nobre Conselheiro, *data venia*, ouso discordar do mesmo quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na infração 2 e para os fatos ocorridos no período de 01/01/2006 a 29/03/2006.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/Profis, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências, mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo para os lançamentos ocorridos entre o período de 01/01/2006 a 29/03/2006. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/07 e se encerra em 31/12/2011. O Auto de Infração foi lavrado em 24/03/2011.

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

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

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.

Diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente e aceita pelo n. relator. Quanto ao mérito, alinho-me ao nobre relator, e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL 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 em relação ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279692.0006/11-6**, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.516,82**, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.900,81 e 60% sobre R\$52.616,01, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira

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

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MONICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS