

PROCESSO - A. I. Nº 206887.0021/10-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e A QUEIROZ DA SILVA (SUPERMERCADO DO IVAN)
RECORRIDOS - A QUEIROZ DA SILVA (SUPERMERCADO DO IVAN) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0245-03/12
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 03/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.JF Nº 0122-12/14

EMENTA. ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, com base nos livros e documentos do contribuinte. Refeitos os cálculos, o débito ficou reduzido. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação ao imposto exigido e à infração apurada. Item nulo. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. O contribuinte que não informa as aquisições de mercadorias na Declaração de Movimento Econômico (DME) está sujeito à multa de 5% do valor comercial das mercadorias não registradas. Reduzido o valor da multa após a exclusão das notas fiscais comprovadas pelo autuado. **4.** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, o imposto exigido ficou reduzido. Não acolhida a preliminar de decadência suscitada, de ofício, pelo relator. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decretada, de ofício, a **Nulidade** da infração 3. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 3ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lavrado em 06/12/2010 decorre de quatro infrações, abaixo transcritas, sendo motivadoras do Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 3 e 4, enquanto que as infração 1, 3 e 4 motivam o Recurso Voluntário, como segue:

***Infração 01** - Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, outubro e dezembro de 2005; janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$9.203,88.*

Multa de 50%.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados, no período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$12.516,04. Multa de 50%.

Infração 03 - Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME dos exercícios de 2005 e 2006. Exigida multa no valor total de R\$138.646,05.

Infração 04 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$148.109,55. Multa de 70%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que são parcialmente procedente as infrações 1, 3 e 4, e nula a infração 2, como segue:

VOTO

(...)

No mérito, a infração 01 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, outubro e dezembro de 2005; janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 14 e 28 do PAF.

Conforme art. 387-A do RICMS/97, vigente à época dos fatos, o ICMS devido pela empresa de pequeno porte é apurado mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A (também vigente à época dos fatos). No caso em exame, não foram utilizadas as notas fiscais do CFAMT e SINTEGRA, como entendeu o autuado, tendo em vista a observação constante no levantamento fiscal às fls. 1601/1602 de que foram utilizadas as informações relativas às compras e vendas extraídas dos Registros de Entradas e de Saídas. Fato que se pode constatar pelo confronto do levantamento fiscal com as cópias dos mencionados livros acostadas aos autos.

Vale salientar que nos mencionados demonstrativos (fls. 1601/1602) foram deduzidos os recolhimentos efetuados pelo defendente sendo apurados recolhimentos a mais em alguns meses e diferenças a recolher em outros meses, e foram fornecidas ao defendente as cópias dos referidos demonstrativos, conforme recibo à fl. 1710 do presente PAF.

Observe que o autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal e o cálculo do imposto apurado foi efetuado considerando o percentual estabelecido para empresa de pequeno porte, previsto no art. 387-A, inciso I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos.

Acato os valores apurados pelo autuante e concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$5.083,88, sendo R\$4.489,33 para o exercício de 2005 e R\$594,55 referentes a 2006, conforme planilhas às fls. 1601/1602.

Em relação aos meses de julho, agosto, setembro e novembro de 2005, não foi apurado débito no levantamento fiscal originalmente efetuado. Neste caso, os valores apurados na revisão efetuada pelo autuante quanto aos mencionados meses somente poderá ser exigidos mediante novo procedimento fiscal.

Quanto aos recolhimentos efetuados a mais, alegados pelo defendente e apurados no levantamento fiscal, nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados, no período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2006.

Observe que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96:

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.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que recolheu de forma correta o valor devido a título de antecipação, e que pagou imposto a mais. Que o ICMS sobre as mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia foi recolhido na modalidade da substituição tributária: ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 43 e 48) constam no cabeçalho: “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDA PELAS ENTRADAS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL CÓDIGO 2175 e

2183". Foram indicados os números das notas fiscais e os fornecedores, inexistindo qualquer referência às mercadorias objeto da autuação.

Embora não tenha sido exigido o imposto com aplicação da Margem de Valor Adicionado, existem alguns fornecedores constantes no levantamento fiscal que comercializam mercadorias sujeitas à substituição tributária, a exemplo de Sadia e Perdigão (produtos resultantes do abate de aves); Vietnam Massas (sem qualquer indicação de que seria massa alimentícia) e BomCharque (charque esteve na substituição tributária até setembro de 2005), e nos novos demonstrativos às fls. 1482 e 1487 também consta a informação de que foi efetuada "AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDA PELAS ENTRADAS".

Observe que o contribuinte não compreendeu a acusação como exigência de ICMS apenas por antecipação parcial, quando afirmou que o imposto foi recolhido na modalidade da substituição tributária: ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Constato que o autuado não reconheceu o débito apurado no levantamento fiscal e a irregularidade processual não foi sanada com a informação fiscal, ou seja, consta que o Auto de Infração cobra ICMS por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação enquadradas na substituição tributária e também se trata de antecipação parcial.

Pela análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, verifica-se a inexistência de indicação das mercadorias, depreendendo-se que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais referentes a mercadorias sobre as quais é devido o imposto por antecipação parcial e produtos sujeitos à substituição tributária. Neste caso, a apuração do imposto devido não foi efetuada de forma compreensível, havendo necessidade de refazimento do procedimento fiscal, por incerteza do valor devido, inclusive com a dedução dos valores recolhidos pelo contribuinte relativos à antecipação tributária.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício "que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator".

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação ao imposto exigido. Concluo pela nulidade deste item da autuação e, consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado.

Infração 03: Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME dos exercícios de 2005 e 2006, sendo exigida multa no valor total de R\$138.646,05.

Observe que a partir de 01/01/2003, a legislação estabelece que, se o contribuinte não informar as aquisições de mercadorias na Declaração de Movimento Econômico (DME) está sujeito à multa de 5% do valor comercial das mercadorias não registradas, conforme inciso XII-A do art. 42 da Lei 7.014/96.

O defendente alegou que sequer teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA, antes do encerramento da ação fiscal. Diz que uma parte do valor constata nas notas fiscais de compras informadas no SINTEGRA ou captadas pelo CFAMT não foi por ele adquirida e que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro Registro de Entradas da empresa nos anos de 2005 e 2006, conforme planilhas que elaborou às fls. 299/300. Entende ser imprescindível que se forneça ao autuado a prova material, ou seja, os canhotos das notas fiscais de aquisições de mercadorias listadas nos relatórios SINTEGRA.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF, o autuante informou à fl. 362 dos autos que anexou cópias de notas fiscais e demonstrativos, e solicitou que fossem entregues ao defendente as cópias de todos os elementos acostados ao presente PAF (fls. 363 a 1265), e o defendente recebeu as cópias dos mencionados documentos, conforme recibo à fl. 1266.

Na última diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foi solicitado que o autuante elaborasse novo demonstrativo indicando as notas fiscais omitidas da DME e os respectivos valores, possibilitando a verificação pelo autuado, se declarou os referidos documentos fiscais, excluindo o que fosse comprovado.

O autuante informou que foram refeitas as planilhas, indicando a razão social e CNPJ de todos os fornecedores que realizaram operações de vendas para o autuado e cujos documentos fiscais não foram registrados em sua escrita e não foram informados na DME. Disse que o total a recolher ficou reduzido para R\$75.925,16 (2005) e R\$27.748,99 (2006), conforme fl. 1508, e a relação das notas fiscais omitidas encontra-se às fls. 1605 a 1657.

Intimado dos novos valores apurados, o defendente apresentou o entendimento de que, ao excluir os valores das notas fiscais da base de cálculo que serviu para a exigência fiscal, ficou demonstrada que a inclusão desses documentos com a utilização dos registros CFAMT, caracteriza a imperfeição do lançamento de ofício. Alega que além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal, porque há prova do seu registro nos livros Registro de Entrada de Mercadorias, também deveriam ser excluídos da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente por entender que as referidas notas fiscais listadas no relatório SINTEGRA/CFAMT, com exceção daquelas reconhecidas nas razões de defesa, não foram adquiridas

pelo estabelecimento autuado. Reitera a alegação de que deveriam ser fornecidos os canhotos das notas fiscais de aquisição listadas no SINTEGRA.

Em relação aos canhotos das notas fiscais, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que nas notas fiscais objeto da autuação constam o autuado como destinatário das mercadorias, a maioria delas com identificação da empresa transportadora, estando comprovada a sua circulação, e as mercadorias constantes dos documentos fiscais são compatíveis com a atividade do defendente. Assim, entendo que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias, devendo ser mantida a exigência da multa pela omissão da entrada destas mercadorias no estabelecimento, nas informações Econômico-Fiscais através de DME, com a redução apurada no demonstrativo à fl. 1508.

Infração 04: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006.

Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente aos débitos e créditos, verificação das efetivas datas de pagamentos e recebimentos em confronto com os registros efetuados, observando a ordem cronológica. Ao final, deve-se examinar o comportamento dos saldos da conta “caixa” do período em referência.

O saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96.

Em sua impugnação, o autuado alegou que recolheu o imposto referente à omissão de saídas do exercício de 2004 sobre a base de cálculo de R\$975.969,00, e este valor deve compor o saldo de caixa em 01/01/2005. Consta à fl. 57, demonstrativo referente ao levantamento fiscal efetuado na fiscalização anterior, indicando saldo credor de caixa em dezembro de 2004. Neste caso, o saldo inicial de 2005 é zero, ou seja, inexistente saldo inicial de caixa em 2005, por isso, não acato a alegação defensiva.

Quanto ao argumento do autuado de que não reconhece parte das notas fiscais objeto da autuação, observo que os mencionados documentos fiscais constam os dados do defendente, a exemplo de seu endereço, inscrição estadual e CNPJ, fone/fax. Portanto, as notas fiscais referentes às mercadorias destinadas ao defendente constituem prova da realização de operações de aquisição pelo sujeito passivo, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de empresa de pequeno porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de saldo credor de caixa, a legislação previa a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98.

Na última diligência fiscal os cálculos foram refeitos e o autuante informou que elaborou novos demonstrativos apurando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, calculando os percentuais de mercadorias tributadas e não tributadas, tendo em vista que o contribuinte era optante pelo SIMBAHIA à época da autuação, sendo apurados novos valores, conforme fls. 1603 e 1604.

O autuado alegou que as notas fiscais lançadas na conta caixa pelo autuante, que geraram o saldo credor de caixa, estas mesmas notas fiscais já foram objeto de cobrança de multa na infração 03, referente às notas fiscais não incluídas na DME, não cabendo a duplicidade de cobrança.

Tendo em vista que a infração 03 trata de descumprimento de obrigação acessória punível com multa, pela falta de informação das notas fiscais na DME, esta penalidade não é absorvida pela multa referente ao descumprimento da obrigação principal cujo valor foi apurado no levantamento do saldo credor de caixa (infração 04), por ser tratar de infrações diversas. Assim, são procedentes as irregularidades apuradas, haja vista que o autuado estava obrigado a informar os dados corretos na DME, sendo devido o imposto apurado por meio do saldo credor de caixa.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, haja vista que, após a revisão efetuada pelo autuante, ficou alterado o imposto exigido para R\$87.380,75, salientando que o autuado foi intimado quanto aos novos valores apurados e não apresentou qualquer elemento divergente.

Quanto às multas indicadas no Auto de Infração, o defendente alega que além da exorbitância dos percentuais, o autuante ainda considerou base de cálculo equivocada, não podendo prosperar, caso mantida a autuação. Alega que as multas nos percentuais de 50% e 70% são absolutamente arbitrárias.

Quanto a esta alegação defensiva, observo que a aplicação das mencionadas multas nos percentual de 50% e 70% foram embasadas em perfeita consonância com a previsão constante do art. 42 da Lei 7.014/96

O defendente também contesta a aplicação de juros com base na taxa SELIC. Entende que a aplicação da SELIC como taxa de juros, como já era de se esperar, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes

no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão que prolatou, enquanto que o autuado, regularmente cientificado da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 1.749 a 1.770.

De plano, referindo-se ao Princípio da Legalidade, diz que a Junta de Julgamento Fiscal ao julgar parcialmente procedente o Auto de Infração, laborou em equívoco. Aduz que “... *não se deu importância devida ao princípio do contraditório e da ampla defesa*”, vez que não lhe foi fornecida a prova material dos fatos que teria ensejado a lavratura do Auto de Infração, especificamente os canhotos das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, além de não ter aproveitado o saldo inicial de caixa (devedor) do ano anterior ao do levantamento fiscal, 2004, no valor de R\$ 975.969,00. Invoca o art. 5º, II, da Constituição Federal/88 e o art. 97, V, do CTN, e menciona o brocardo latino *nulla poena sine lege*, para dizer que as sanções aplicáveis face à violação da legislação tributária requerem expressa previsão em lei, em sentido estrito.

Dizendo tratar de mérito, afirma que a Decisão combatida merece ser reformada.

Afirma que é nulo o Auto de Infração por falta de entrega dos canhotos das notas fiscais. Transcreve trecho do relatório da Decisão recorrida no qual se diz que o autuante teria consignado na informação fiscal à fl. 355 que quanto ao fornecimento das notas fiscais o dos canhotos ao Sujeito Passivo, “*oportunamente estará apresentando, apesar de entender que tanto o CFAMT com o SINTEGRA são sistemas confiáveis de controle e informação fiscal*”.

Derredor da afirmativa do autuante, diz o recorrente que o processo foi julgado em primeira instância sem que qualquer canhoto de nota fiscal lhe tivesse sido apresentado, entendendo que cabia ao autuante intimar os fornecedores para que apresentasse os canhotos de notas fiscais. Pede que tal diligência seja feita, aduzindo que é prática de alguns fornecedores emitir notas fiscais contra clientes, para fins de desconto de títulos em bancos e, depois das operações realizadas e no prazo ajustado, quitar os títulos bancário sem ao conhecimento do suposto destinatário das mercadorias.

Reitera os argumentos defensivos, aduzindo que os valores que serviram de base para o levantamento e apuração do crédito tributário são desconhecidos do autuado, o que ensejaria a nulidade do lançamento. Cita trecho de Decisão recorrida, frisando que para a infração 3, o relator fez a seguinte afirmativa: “... *presume-se que os valores que serviram de base de cálculo foram extraídos de relatórios de arquivo magnético SINTEGRA/CFAMT, os quais, o autuado não teve conhecimento na fase da fiscalização do período de 2005 e 2006*”.

Nessa mesma esteira, outra vez transcrevendo trecho do voto do relator de piso, destacando o trecho que diz que não são acatadas as legações defensivas “...*tendo em vista que nas notas fiscais objeto da autuação constam o autuado como destinatário das mercadorias, a maioria delas com identificação da empresa transportadora, estando comprovada a sua circulação, e as mercadorias constantes dos documentos fiscais são compatíveis com a atividade do defendente*”, afirma que o decisor de piso carece de fundamentação plausível, na medida em que o próprio julgador reconhece como meio de prova a presunção de entrega das mercadorias por conter os referidos documentos fiscais a qualificação do autuado e do transportador, mesmo também observando o mesmo julgador que nem toda a nota fiscal contém os dados do transportador.

Requer a nulidade do Auto de Infração, ou que ao menos sejam excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais que não contém os dados do transportador, entendendo restar evidentemente que as mercadorias correspondentes não saíram do estabelecimento do fornecedor.

Quanto à infração 1, reitera que a recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS-

SimBahia, tudo consoante sua condição de Empresa de Pequeno Porte e conforme Demonstrativo de Cálculo e Pagamento do ICMS e do Relatório de Arrecadação – Extrato de Pagamentos Realizados. Monta planilhas para os exercícios financeiros de 2005 e 2006, afirmando que tem direito à restituição de imposto pago a maior nos valores de R\$ 2.545,39 e R\$ 1.052,93, respectivamente, e ponderando que se houve pagamento do ICMS em valor superior ao devido e levantado para Dúta Fiscalização, haverá que ser declarada a improcedência da infração fiscal.

Para a infração 3, afastada a parte em que foi constatado defeito no lançamento de ofício, aduz que conferindo as notas fiscais relacionadas no relatório fiscal (SINTEGRA), constatou que algumas notas fiscais estavam escrituradas no seu livro de registro de entradas de mercadorias em 2005 e 2006, conforme planilhas demonstrativas. Nessa toada, afirma que diante da inequívoca prova de que varias notas fiscais tem registro nos Livros Registro de Entrada de Mercadorias, também “... *devem ser excluídos da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente considerando que, as referidas notas fiscais listadas no relatório fiscal/sintegra, com exceção da declaradas pelo contribuinte, não foram adquiridas pelo Autuado*”.

Reitera que a manutenção da acusação impõe o fornecimento a si da prova material do fato gerador que deu origem à referida exigência fiscal, especificamente os canhotos das notas fiscais de aquisições de mercadorias listadas nos relatório do SINTEGRA, sobretudo se considerado que informou integralmente as notas fiscais e o valor das compras realizadas no exercício de 2005 e 2006 no DME.

Pede a improcedência da autuação.

Quanto à infração 4, repisa a tese de que o valor apurado a título de saldo credor de Caixa é o reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações capturadas CFAMT/SINTEGRA, aduzindo que deduzidos os valores correspondentes, seu caixa apresentará saldo devedor.

Diz que apresentou seu livro CAIXA devidamente escriturado ao preposto fiscal, que não houve qualquer correção no referido livro, entendendo que a inclusão de supostos valores advindos de fontes que desconhece torna improcedente a autuação, restando caracterizado cerceamento do direito de defesa.

Diz que há dupla penalidade, afirma que lhe foi aplicada a multa de 5% (infração 3) e lhe está sendo exigido imposto em razão do saldo credor de caixa. Reitera a necessidade de comprovação de que adquiriu as suportas mercadorias através da entrega dos canhotos das notas fiscais captadas CFAMT e/ou informadas no SINTEGRA, também devendo ser buscado a forma de pagamento (à vista ou a prazo) pelas mercadorias em questão.

Avançando, entende que não foi considerado o saldo inicial de caixa no valor de R\$ 231.582,41 em 02/01/2005, fl. 002, do livro Caixa entregue ao Auditor Fiscal. Diz que no exercício de 2004 pagou o imposto levantado em razão da revisão fiscal do saldo credor de caixa e demais infrações apuradas no AI n.º 206987.0208/05-3, destacando que “...*é imperioso que os valores pagos a títulos de omissão de receitas integrem ao saldo inicial de caixa, uma vez que, o imposto levantado foi pago sobre as referidas receitas, estas tidas como omissão de saídas de mercadorias*”.

Afirma que recolheu o imposto referente à omissão de saídas no exercício fiscalizado até 2004 sobre a base de cálculo de R\$ 975.969,00, entendendo que tal valor deve compor o saldo inicial de caixa em 01/01/2005. Lembra que no relatório de Auditoria da Conta Caixa elaborado pelo preposto fiscal tem zero como saldo inicial de caixa em 01/01/2005, o que justifica o saldo credor de caixa motivador da autuação.

Requer a reforma da Decisão recorrida para que seja julgado improcedente o lançamento de ofício.

Quanto às multas, diz que são exorbitantes e que foram calculadas sobre base de cálculo equivocada, também argumentando que têm capitulação aplicável, pois, são das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso em tela.

Diz que os percentuais de 50% e 70% são arbitrários, contrários ao princípio da proporcionalidade. Cita doutrina.

Invoca o art. 150, IV da Constituição Federal/88, para dizer do princípio do não confisco, também dizendo da ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Cita a doutrina e a jurisprudência.

Requer, alternativamente ao seu pedido de improcedência da autuação, que seja aplicado critério justo e equitativo na fixação da multa, livre de conotação confiscatória.

Referindo-se à multa da infração 3, diz que é arbitrária vez que incidiu sobre o montante das entradas fictícias baseadas em informações obtidas no SINTEGRA, significando dizer que tal base cálculo para a aplicação da multa é equivocada e insegura.

Pugna pela aplicação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, tipicidade, bem como observado que não houve ilegalidade ou mesmo lesão ao Fisco, dolo, fraude, simulação ou erro que possibilitasse obter vantagem indevida ou o não pagamento de tributos, para que seja excluída ou reduzida a multa em questão.

Também se insurge contra a aplicação dos juros com base na SELIC. Discorre sobre a referida taxa, e afirma que a SELIC não pode ser aplicada para fins tributários. Cita a jurisprudência.

Também comenta derredor dos juros e da correção monetária e, ao cabo do seu arrazoadado, requer a exclusão dos juros incidentes sobre o que remanescer como exigência fiscal.

Por derradeiro, pede que seja reformada a Decisão recorrida para que seja declarado nulo o Auto de Infração, ou eventualmente, no mérito, que seja julgado improcedente total ou parcialmente. Para a hipótese de manutenção da Decisão recorrida, pede que seja excluída da base de cálculo do imposto por saldo credor de caixa e da multa por descumprimento de obrigação acessória as notas fiscais reconhecidas pela fiscalização e julgador, sem a devida identificação do transportador.

A Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, procuradora da PGE/Profis, fls. 1.774, recomenda que o PAF seja convertido em diligência ao autuante ou fiscal estranho ao feito para que fosse verificado se parte das notas fiscais já haviam sido escrituradas no livro fiscal da oro recorrente, verificando-se eventual alteração no montante devido.

Os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, acolhendo o opinativo da PGE/Profis, resolveram converter o feito em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 1.777, com a seguinte finalidade:

- 1. Verificar se as notas fiscais que fundamentam a infração 3 são as mesmas que fundamentam a infração 4, elaborando relação das notas fiscais incluídas em ambas as infrações; e*
- 2. Com base nos valores já julgados, verificar se as notas fiscais de compras trazidas na peça recursal foram devidamente consideradas nos levantamentos fiscais e se têm repercussão nos valores remanescentes das infrações 3 e 4 (demonstrativos retificados de fls. 1503 e 1603 a 1604 - Infrações 3 e 4, respectivamente, bem como as notas fiscais de fls. 1605 a 1657)*
- 3. Concluída a diligência da forma solicitada, elaborar novo demonstrativo de débito considerando os eventuais novos valores encontrados para as infrações 3 e 4.*

Como resultado da diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, auditor da ASTEC, à fl. 1.780, presta a seguinte informação fiscal:

Em atendimento ao pedido de diligência solicitada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em despacho à fl. 1.777, passo a informar:

- 1. Foi efetuada verificação nos demonstrativos anexados pelo autuante, constatando que as notas fiscais que fundamentaram a infração 3 são as mesmas que fundamentaram a infração 4, as quais constam da relação das notas fiscais incluídas em ambas as infrações às fls. 58/133 retificadas às fls. 1.516/1.568.*
- 2. Foram verificadas as notas fiscais de compras relacionadas na peça recursal às fls. 1.758 / 1.759, constatando que as mesmas já foram objeto de exclusão pelo autuante, não constando mais da relação de fls. 1.605 a 1.657.*

3. Não foi elaborado novo demonstrativo de débito, tendo em vista que não houve repercussão nos valores referentes às infrações 03 e 04.

E conclui ...

Conforme solicitação do Senhor Conselheiro em despacho à fl. 1.777, foi procedida a verificação nos demonstrativos anexados pelo autuante, constatando que as notas fiscais que fundamentaram a infração 03 são as mesmas que fundamentaram a infração 04, constantes da relação de fls. 58 /133, retificadas na relação de fls. 1.516 /1.568 com a exclusão das notas fiscais relacionadas na peça recursal às fls. 1.758 e 1.759.

Não foi elaborado novo demonstrativo de débito, tendo em vista que não houve repercussão nos valores referentes às infrações 03 e 04.

Cientificados do resultado da diligência, autuante e autuado não se manifestaram.

A Dra. Maria Dulce baleeiro Costa, às fls. 1.785/1.786, exara Parecer conclusivo, no qual afirma “... que as alegações recursais não se prestam a alterar a Decisão recorrida, estando as multas indicadas em perfeita consonância com a previsão legal em vigor, restando demonstrado que foi recolhido ICMS a menor pelo regime SIMBAHIA, que as notas fiscais indicadas para a infração 03 não foram devidamente informadas na DME e que a infração 04 exige ICMS por presunção legal de omissão de saídas tributáveis anteriores, não sendo a exigência do ICMS das notas fiscais que deixaram de ser escrituradas (infração 03)”.

Opina pelo Não Provedimento do Recurso.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência - Infrações 1 e 4)

Trata o presente de Recursos de Ofício e Voluntário, o primeiro, interposto pelos julgadores da 4ª JFJ deste CONSEF, tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0083-05/13 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação a três das quatro infrações do Auto, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido pelo cometimento da infração 1 do Auto de Infração.

O Auto de Infração é composto de quatro infrações que acusam o Sujeito Passivo de haver recolhido ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia; deixado de recolher ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados; omitido entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME; e omitido saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, tudo nos exercícios de 2005 e 2006.

Antes de adentrar às matérias tratadas nos Recursos de Ofício e Voluntário, por ser questão de ordem pública e por conseqüente dever de ofício, deve tratar da decadência de parte das ocorrências contidas no lançamento em apreço.

Tratando da preliminar acima referida, prejudicial de mérito que envolve a decadência de parte das ocorrências anteriores ao momento em que o recorrente tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração, 16/12/2010, entendo que deve ser trazida à baila discussão sobre a matéria ainda não pacificada neste Conselho de Fazenda. Nesse sentido, tal discussão remete à diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência das operações anteriores a data acima especificada, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da

Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

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

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

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

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

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações anteriores a 16/12/2010, integrantes das infrações 1 e 4, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Vencido quanto à decadência de parte do lançamento, avanço primeiramente sobre o Recurso Voluntário, especificamente sobre as nulidades suscitadas pelo recorrente.

Em apertada síntese, a tese recursal viaja no sentido de que houve afronta ao contraditório e à ampla defesa, tam bem sugerindo que a Decisão recorrida incorreu nas mesmas falhas quando não fez vir aos autos documentos que no entendimento do recorrente teriam o condão de elidir a acusação fiscal.

Tratando das nulidades suscitadas pelo recorrente, por primeiro analiso o lançamento. Quanto a este, à exceção da infração 2, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Voltando o olhar às etapas processuais, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Isto posto, quanto ao Auto de Infração, exceção feita à infrações 2 e 3, não há que se pensar em nulidade.

Referentemente à suposta nulidade da Decisão recorrida, ainda que suscitada por via transversa, vejo que também não assiste razão à Recorrente. Da compulsão dos autos observa-se com clareza solar que os julgadores de piso cuidaram de analisar todos os argumentos defensivos e as provas trazidas aos autos, o que redundou na redução da exigência fiscal originária a partir dos novos cálculos produzidos pelo autuante em sede de informação fiscal para as infrações 1 e 4. Nessa esteira, considerando que foi aplicado ao *decisum* de primo grau a legislação vigente, não havendo qualquer indício de vício, não vislumbro a possibilidade da aplicação de qualquer das hipóteses do art. 18, do RPAF.

Quanto ao aduzido cerceamento do direito de defesa do recorrente porque não vieram aos autos os canhotos das notas fiscais que comprovariam ou não a aquisição de mercadorias que sugerem o cometimento de infração fiscal, vejo que também essa matéria foi devidamente tratada pelo julgador de piso. O fato é que o recorrente à época dos fatos estava enquadrada no SimBahia, e como tal, estava sujeita ao regramento estabelecido para tal fim, aí destacado que os artigos 387-A e 384-A estatuíam que o ICMS devido pela empresa de pequeno porte seria apurado mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas na norma. Merece registro que da análise dos fatos trazidos aos autos, especificamente em relação à infração 1, as notas fiscais colhidas no CFAMT e no SINTEGRA não foram, nem poderiam ser, utilizadas no levantamento fiscal, fato extraído dos demonstrativos às fls. 1601/1602, restando patente que as informações utilizadas no levantamento fiscal derivam dos Registros de Entradas e de Saídas trazidos aos autos.

Também merece destaque o fato de que as diligências determinadas pela JJF, afeitas à nulidade suscitada, tiveram o condão de acolher as razões recursais e, na apuração da verdade dos fatos, redundou em redução do *quantum* inicialmente exigido, bem como apontou recolhimento a maior de imposto.

Ante a tudo o quanto exposto, à exceção das infração 2 que será tratada especificamente no Recurso de Ofício, não acolho as preliminares suscitadas pelo recorrente.

Especificamete em relação à infração 3, de plano, entendo que merece que seja repetida a acusação fiscal, pois, dela se verificará que o lançamento não pode subsistir em razão da insegurança que o envolve.

Diz a acusação fiscal que o Sujeito Passivo omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais **apresentadas através das DME's dos exercícios de 2005 e 2006**. Ocorre que não há nos autos a DME dos exercício em voga, nem de qualquer outro.

A considerar que não foram trazidas aos autos as DME's, motivos já se tem para declarar nula a infração em aprêço, contudo, há que se trazer à baila outros desdobramentos que servem a corroborar tal posicionamento. O fato é que mesmo que as DME's viessem aos autos, tal elemento apenas trariam números globais e que exigiriam outros elementos a exemplo da listagem das notas fiscais que constam das DME's. A relevância de tais elementos se encontra no fato de que há a necessidade de que os dados das notas fiscais sejam confrontados com os dados das DME's.

Dos elementos aqui expostos, a conclusão a que se chega é de que não há elementos probantes neste PAF que possam permitir a subsistência da acusação, o que determina a nulidade da infração.

Infração 3 é nula, declaração que se faz *ex officio*.

Após a análise das nulidades, passa ao exame do mérito dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Tratando inicialmente do Recurso de Ofício, vejo que não merece qualquer reparo a Decisão recorrida. Referentemente às infrações 1 e 4, vê-se com clareza solar que a sucumbência imposta à fazenda pública redundou das retificações feitas pelo próprio autuante que assim concluiu ante à análise das razões e elementos de prova trazidos aos autos pelo ora recorrente. Nessa mesma direção, acertadamente, decidiu a JJF que acolheu as retificações levadas a efeito no levantamento fiscal originário.

Referentemente à infração 2, também não há que se fazer qualquer reparo ao *decisum* de piso. Decidiu a JJF pela nulidade da infração por cerceamento ao direito de defesa da ora recorrente, entendendo o n. Julgador de piso que o contribuinte não pôde compreender a acusação que lhe pesava como exigência de ICMS apenas por antecipação parcial, haja vista que nas suas razões de defesa afirmou que o imposto (ICMS antecipação parcial e ICMS ST) foi recolhido na modalidade da substituição tributária.

O Julgado de piso é irretocável. É fato inconteste que a acusação fiscal e a descrição dos fatos, além dos demonstrativos fiscais poderiam levar a erro de interpretação, por parte do autuado, da efetiva acusação fiscal, o que de fato aconteceu, conforme se pode depreender da linha de defesa estabelecida pelo então impugnante, restando claro que o entendimento da acusação restou prejudicado aponto de o autuado defender-se do que não foi acusada.

Nessa esteira, valendo-me dos fundamentos mais amiudados expostos no voto da Decisão recorrida e pelo quanto acima esposado, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Avançando sobre o Recurso Voluntário, passo às análises correspondentes.

Referentemente à infração 1, há que se registrar que o recorrente não suscita questão de mérito, atendo-se a informar que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS-SimBahia, também informando que é credor do erário em razão do recolhimento a maior do imposto a que estava obrigado.

Bem, quanto à dita infração 1, como dito alhures, a parcela remanescente da infração originária deriva do fato de que não houve a comprovação da integralidade dos pagamentos que deveriam ter sido feitos em razão do imposto devido pela ora recorrente, registrando que o próprio autuante, de posse dos documentos comprobatório, cuidou de elaborar novo demonstrativo que reduziu a exigência para o valor de R\$ 5.083,88, contemplando os exercícios de 2005 e 2006.

Quanto à restituição de indébito ou eventual compensação, poderá o recorrente caso pertinente, proceder ao pleito que mais lhe aprouver mediante formulação de pedido próprio à sua repartição Fazendária, em apartado dos autos do PAF em análise, conforme comando da legislação de regência da matéria.

Em assim sendo, considerando que não há insurgência do recorrente que questione os números da autuação, e que o recorrente apenas nega o cometimento da infração 1, entendo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida quanto à infração em comento.

Para a infração 3, resta prejudicada a análise, pois, como visto alhures, a referida infração é nula por falta de prova do cometimento do ilícito fiscal.

Em relação à infração 4 – avanço necessário porque as duas infrações tem relação umbilical – vê-se que de fato houve o cometimento da infração imputada ao Sujeito Passivo, conquanto foi apurado omissão de saídas de mercadorias tributáveis nos lançamentos efetuados na conta “caixa” cujo saldo resultou “credor”. Nessa esteira, convém lembrara que a apuração de saldo credor na conta “caixa” indica que houve, por presunção legal, pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Amiudando a análise, há que ser lembrado que o Sujeito Passivo, à época dos fatos, era contribuinte inscrito no SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte, devendo o imposto ser apurado conforme feito pelo autuante em sede de diligência fiscal determinada pela JJF, ou seja, contemplando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, calculando os percentuais de mercadorias tributadas e não tributadas, tendo em vista que o contribuinte era optante pelo SIMBAHIA à época da autuação - novos valores, conforme fls. 1603 e 1604.

Quanto à multas cominadas às infrações, apesar de concordar com o recorrente de que são excessivamente altas, por determinação regimental e regulamentar, não é possível a este julgador analisar e julgar questões de ordem constitucional, registrando que as ditas multas tem previsão legal, e sob este manto, não há que se discutir a matéria.

Quanto à questão da aplicação da taxa Selic, como dito pelo julgador de piso, a mencionada taxa tem previsão no COTEB, especificamente no art. 102, § 2º, II, não cabendo a este julgador, como dito acima, a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Por tudo o quanto exposto, NEGOU PRVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário e, de ofício, afasto a exigência imposta pela infração 3.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 4)

Em que pese o robusto voto prolatado pelo n. relator, ousou, neste momento, discordar de sua posição quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide, suscitada de ofício, para os fatos ocorridos anteriores a 16 de dezembro de 2005, integrantes das infrações 1 e 4.

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 até 16/12/2005 já que a ciência do presente Auto de Infração somente se deu em 16/12/2010. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/08 e se encerra em 31/12/2010. O Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2010.

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, abrangem todos os aspectos ora postos no presente voto.

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

“Art. 107-B

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

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

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a

prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

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

Assim, mesmo que existisse concordância (o que, aponto, não há) de que a data de início do prazo decadencial somente ocorresse a partir de 16/12/2010 (data da ciência do AI pela empresa), diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência, suscitada de ofício pelo relator, em relação às infrações 1 e 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação à preliminar de decadência e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, declarar **Nula** a infração 3, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206887.0021/10-9** lavrado contra **A QUEIROZ DA SILVA (SUPERMERCADO DO IVAN)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto valor de **R\$92.464,63**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.083,88 e 70% sobre R\$87.380,75, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 4) - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência - Infrações 1 e 4) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência - Infrações 1 e 4)

MÔNICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência - Infrações 1 e 4)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS