

PROCESSO - A. I. Nº 232957.0001/13-5
RECORRENTE - POSTO GUANABARA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0256-04/13
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 03/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0124-12/14

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNETICOS. ENTREGA FORA DO PRAZO. MULTA. Argumentos defensivos insuficientes para modificar ou extinguir o lançamento tributário. Infração 05 subsistente. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$92.173,14, em decorrência do cometimento de cinco infrações, da qual é objeto do presente Recurso somente a infração 05, a seguir descrita:

INFRAÇÃO 05 - Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via Internet através do programa Validador/SINTEGRA nos meses de: janeiro a dezembro de 2.008, janeiro a dezembro de 2.009, janeiro a dezembro de 2.010 e janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2.011. Multa Fixa de R\$1.380,00, valor total de R\$64.860,00.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

De plano, vejo confirmada a acusação fiscal acerca das infrações 01 a 04, em virtude do disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, visto que existe apenas impugnação específica para a infração 05.

Infrações 01, 02, 03 e 04 procedentes.

O Convênio ICMS 57/95 está contemplado pelo ordenamento tributário, por força do caput do art. 199 do Código Tributário Nacional – CTN.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Por seu turno, a Lei Estadual nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, segue tal comando normativo ao estabelecer no art. 49, parágrafo único, a possibilidade de celebrar convênio ou firmar protocolo com outras unidades da Federação, no sentido de fixar medidas de controle e de fiscalização, bem como para troca de informações econômico-fiscais.

Os artigos 686 e 708-A do RICMS/97, ao regulamentar a matéria em lide, tratam do cumprimento da respectiva obrigação tributária acessória.

A mencionada norma estadual impõe multa pelo descumprimento da obrigação acessória descrita na infração 05, conforme dispositivos a seguir:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

[...]

Art. 41. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:

I - multa;

[...]

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Assim, não há guarida para o argumento defensivo sobre a ausência do princípio da legalidade na espécie.

No cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ/BA, consta a inscrição da empresa na forma de pagamento denominada “conta corrente fiscal” e condição “Normal”, cujo período de apuração do ICMS é mensal. Nessa senda, dispõe a citada lei estadual:

Art. 24. O ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento

[...]

O Regulamento do ICMS vigente – RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, assim, executa a norma legal:

Art. 115. O valor do ICMS a recolher poderá ser calculado:

I - pelo regime normal de apuração;

[...]

Art. 116. No regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber: (grifo acrescido)

[...]

Logo, o lançamento tributário cumpre a legislação em vigor, de modo a surgir a correspondente obrigação mensal e efeitos jurídicos atinentes a matéria.

Não cabem as razões aduzidas pelo impugnante relacionadas com a razoabilidade da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, posto que o art. 113 do CTN estabelece o caráter autônomo dessa obrigação, além da sua conversão.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Em relação ao quantum debeatur, a multa imposta se coaduna com a vontade do legislador estadual, nos exatos sentidos da prevenção – geral e especial - conferida à sanção, com intuito de assegurar a conduta do sujeito passivo da obrigação tributária, através da intimidação junto à sociedade na prática infracional, eleita pela norma tributária, para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico; respeito aos seus determinados valores; e, sobretudo, evitar novo cometimento de conduta ilícita em face da legislação tributária posta.

Dessa forma, não acolho a correlação pretendida pelo sujeito passivo entre as infrações 05 e 01, por possuírem proteção a bens jurídicos distintos, conforme as respectivas tipificações. Assim, sustenta-se a acusação fiscal, por ausência de elementos nos autos, de modo a modificar ou extinguir o lançamento tributário constituído.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o Contribuinte interpõe tempestivamente Recurso Voluntário às fls. 676 a 682 no intuito de ver modificada a Decisão da primeira instância, em relação à infração 5.

Após tracejar um breve relato dos fatos vividos no presente PAF, passa a defender a nulidade do Auto de Infração pelo caráter confiscatório, desproporcional e irrazoável, alegando também aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória em valor fixo, independente do tributo devido.

Diz que houve aplicação de sistemática peculiar na aplicação da penalidade pecuniária, sem qualquer respaldo na lei. Fala que o art. 42, XIII-A, 'j' da Lei nº 7.014/96, estabelece a imputação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, sem que haja a simples menção de que a aplicação da penalidade deverá ser feita mês a mês, por cada período de referência.

Transcreve a letra da referida lei para então concluir que *“não existe qualquer dispositivo que informe que a multa deverá ser aplicada mês a mês, de forma desproporcional e desarrazoada, infringindo frontalmente o princípio da legalidade tributária, além de ser visivelmente confiscatória, razão pela qual não merece prosperar”*.

Noutro giro, assevera que a Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95, que colaciona, estabelece a presunção *juris tantum* de que o registro fiscal e meio magnético corresponde aos elementos conflitos nos documentos fiscais. Com esse norte, fala que o Fiscal Autuante não realizou qualquer exame prévio da escrituração fiscal disponibilizada pelo autuado, mas tão somente considerou como irrefutável a necessidade do fornecimento da informação preliminar emitida pelo programa “Validador” da SEFAZ-BA.

Passa a sustentar a tese que jamais não poderia ter sido afastada a presunção de que o registro fiscal espelha os documentos fiscais do contribuinte. Neste sentido, coloca que não há lei no Estado da Bahia, em sentido formal e material, que homologue o específico programa “Validador”, *“como meio apto a exercer um juízo prévio de valor de que as informações gravadas nos meios magnéticos divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais”*. Assim, assevera que deve ser afastada a multa imputada.

Diz que o registro fiscal por meio magnético é elemento auxiliar da escrita fiscal, *“eis que o arquivo não contém assinatura e não poderia ser considerado como única forma de declaração fiscal do contribuinte”*. Chama a atenção para o fato de que a falta de entrega dos arquivos no prazo previsto não impede a realização de fiscalização, vez que os Autuantes poderiam utilizar de todos os outros livros fiscais disponibilizados.

Afiança que o fornecimento dos relatórios, mesmo fora do prazo, *“significa dizer que não houve descumprimento de obrigação acessória, eis que forma entregue conforme requerida pela autoridade tributante”*. Em seguida diz que a multa do art. 42, XIII-A, alínea ‘j’ deve ser aplicada de forma única, por exercício, uma vez que, não consta na redação do referido artigo, a previsão da aplicação mensal da penalidade.

Cita que na infração 1, o Fiscal imputou penalidade pecuniária única por cada exercício, no valor de R\$ 50,00, para o suposto descumprimento da obrigação acessória, conforme o art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Diante deste fato, alega que o fiscal autuante utilizou-se das mais variadas formas de imputação de penalidade pecuniária, no mesmo Auto de Infração.

Fala que não houve qualquer impedimento para fiscalização, pois os documentos fiscais foram disponibilizados, que o erro cometido não resultou em prejuízo ao Estado e que a punição colimada recebe o nome de “multa isolada”. Explana que “multa isolada” se dá não pelo atraso no pagamento, mas por outro fato.

Alega que, em regra, as multas tributárias são graduadas de acordo com a intensidade da conduta ilícita. Omissões intencionais, destinadas para ocultar o fato gerador são punidas com rigor. Entretanto, diz que o autuado não foi punida por ter deixado de recolher o tributo, pois está submetido ao regime de substituição tributária, mas devido apenas ao atraso do envio de arquivos magnéticos, *“que nada tem a ver como atraso de pagamento”*. Com base nestas assertivas, alega que a multa aplicada tem caráter confiscatório, pois não atende aos preceitos constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser julgada improcedente ou reduzida.

Lembra que o STF tem vários precedentes sobre possibilidade de redução dos valores das multas, com base no princípio da vedação do não confisco, previsto nos art. 5º, XXII e XXIV e 150, VI da CF.

Em seguida, com base na Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95, que *“conduz qualquer pessoa*

bem governada a deduzir que as informações gravadas em meio magnético (registro fiscal) deve espelhar os elementos dos documentos fiscais” coloca que “o registro fiscal é uma mera imagem em espelho virtual dos elementos contidos nos documentos fiscais que existem fisicamente na contabilidade”. Com este paradigma, alega que:

- a) O registro fiscal é elemento secundário da escrita fiscal;
- b) Na impede que o Fisco, na falta ou inconsistências das informações contidas nos registros fiscais, realize a fiscalização utilizando documentos fiscais (livros e notas fiscais).

Pondera que em muitos casos, a multa por descumprimento de obrigações acessórias são maiores que os valores efetivamente cobrados de impostos pelo Estado, afrontando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e da vedação ao confisco.

Fala que, no caso em comento, tais mitigações são observadas, pois, *“não há qualquer relação entre a multa aplicada com a falta de recolhimento do tributo”.*

Ao final de seu arrazoado, pede que Decisão seja reformada e o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

Em termo, os autos forma remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fl. 686, a ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, após lembrar que a irresignação recursal tange apenas a infração 05, fala que a obrigatoriedade do envio dos arquivos magnéticos é mensal, já que este é o período de apuração do ICMS. Sendo assim, diz que a multa deve ser por mês, como fez o autuante. Diz que a multa aplicada é a prevista para a infração em tela, não cabendo ao CONSEF a apreciação quanto ao pedido de inconstitucionalidade, na forma do art. 167 do RPAF.

Opina a n. Procuradora pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Temos sob análise Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Recorrente aduz, de forma genérica, a nulidade do Auto de Infração e, especificamente no que tange a infração 5, a sua nulidade e improcedência.

Primeiramente, de ofício, deve ser levantada uma questão de ordem pública em relação à ocorrência da decadência no presente Auto de Infração. Compulsando os autos, vejo que se operou a decadência em relação a todas as obrigações anteriores a 27.03.08, ou seja, cinco anos antes da data da lavratura do Auto de Infração.

Em diversos acórdãos de minha lavra, já expus o meu posicionamento de que deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º do CTN (cinco anos contados do fato gerador) aos lançamentos que cobram ICMS, com base na fundamentação do STF na edição da Súmula Vinculante nº 08.

Cito como exemplos os julgados CJF Nº 0141-12/12, 0397-12/12, 0406-12/12, dentre outros.

Há que se destacar que a matéria, em outros PAF's, motivou uma série de diligências dirigidas à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência de operações de circulação de mercadorias cujo prazo decadencial, contados a partir do fato gerador, teria sido ultrapassado, tudo à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Sobre esta 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 sob a ótica da Súmula vinculante nº 08.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 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 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (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 08, 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 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 27.03.2008, não mais poderão ser exigidas pelo Fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, foram alcançadas pela decadência.

Passo ao exame do Recurso Voluntário.

Preliminarmente, foi arguido de forma genérica, a nulidade do Auto de Infração. Da análise dos autos, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos, eis que, as imputações restam claras, as bases de cálculo foram determinadas conforme o valores previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

No que tange a nulidade da infração 05, quanto à periodicidade da mesma, entendo que a tese recursal se confunde com cerne da atuação, motivo pelo qual faço a apreciação da matéria quando da análise do mérito deste item da atuação, adiante.

Pelo exposto, afasto as preliminares de nulidade no que toca o Auto de Infração e o procedimento fiscal.

Quanto ao suposto ataque ao princípio constitucional do não confisco, em que pese a argumentação recursal ser pertinente, vejo que falece competência a esta Câmara em se pronunciar sobre a questões, em face do quanto disposto no art. 167 do RPAF, abaixo transcrito.

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade

Nesta senda, passo ao exame do mérito.

A infração 05 fora lançada para cobrar a falta de fornecimento de arquivos magnéticos fora do prazo previstos pela legislação, com base na multa tipificada no art. 42, XIII-A, alínea ‘j’ da Lei nº 7.014/96 abaixo transcrita:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Não vejo como dar guarida à tese recursal de que a multa do art. 42, XIII-A, 'j', decorrente da falta de entrega dos arquivos magnéticos nos prazos estabelecidos em lei, deva ser aplicada anualmente. Ao contrário do afirmado pelo Contribuinte, há previsão expressa na lei para imposição de multa por cada período infringido, sendo cediço que a obrigação de envio dos arquivos magnéticos é mensal, consoante a apuração mensal do imposto.

Nesta esteira, comprovada a materialidade da infração, a multa deve ser lançada mensalmente.

Entretanto, devemos pontuar duas situações que ensejam a modificação do lançamento.

A primeira delas é a constatação de que a empresa estava sob ação fiscal desde 03.01.2013, data do início da fiscalização. Tal fato é de grande importância, pois, todos os envios dos arquivos magnéticos realizados antes desta data e dentro do prazo legal, devem ser excluídos da presente autuação.

A segunda situação é que restou comprovado pela análise dos próprios registros trazidos pela fiscalização, de que houve a devida entrega dos arquivos magnéticos no período regulamentar pertinente, a partir de novembro de 2009.

Além disso, após a intimação da empresa, houve um novo envio de todos os arquivos já enviados no prazo correto.

Com essas constatações derivadas das provas acostadas nos fólios processuais, a multa originalmente imposta deve ser reduzida devido a exclusão do período em que houve o devido adimplemento da obrigação acessória, reduzindo, assim, o valor do débito para R\$ 7.155,33.

Por fim, devemos adentrar na possibilidade de redução ou cancelamento da multa da presente obrigação acessória, consoante o quanto disposto no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Diante das circunstâncias fáticas do presente PAF, vejo que os requisitos necessários para a redução legal estão presentes. Realmente não há indicação de que houve qualquer menção ou acusação por parte da fiscalização de que o Contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação para que não fosse efetuado o pagamento do imposto.

Por seu turno, devemos ressaltar que a fase de tributação das mercadorias comercializadas pelo Contribuinte (combustíveis) já se encontra encerrada.

Sendo assim, a falta de observância desta obrigação acessória (entrega de arquivos magnéticos) não implica a falta ou diminuição do recolhimento de ICMS, vez que, os combustíveis já foram tributados na saída da distribuidora.

Além disso, poderia se perquirir que a falta de entrega dos arquivos magnéticos com os Registros 60R, 61 e 61R impediria a fiscalização do estabelecimento comercial, fato que vedaria a aplicação da redução prevista na Lei e no RPAF. Contudo, depreendo que contribuintes dessa natureza (postos de gasolina) são primordialmente fiscalizados mediante levantamento quantitativo de estoques de combustíveis, realizado pelo cotejo das notas fiscais de entrada de mercadorias e o LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis).

Aliás, foi através desse roteiro de fiscalização que foram lançadas as infrações 1 a 4, demonstrando que não houve qualquer embaraço a fiscalização.

Também há de se salientar que o vultoso montante da penalidade originalmente aplicada, na quantia de R\$ 64.860,00, é também de responsabilidade do Estado, em razão do lapso de sua obrigação de fiscalizar e corrigir condutas equivocadas do Contribuinte de forma mais diligente, pois, no caso concreto, verifica-se que no final do ano de 2012 a Fazenda Estadual não havia fiscalizado os exercícios de 2008 a 2011 do autuado, o que ensejou na continuidade da irregularidade acessória por intervalo extenso e, de certa forma, com a condescendência do Poder Público.

Da análise deste procedimento, compreendo que o lançamento efetuado através do item 5º deste Auto é procedente, porém, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, proponho a redução da multa para 10%, ou seja, R\$6.486,00.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, reduzindo a multa do item 05 para o 10% do valor original.

VOTO VENCEDOR

Em que pese os robustos votos prolatados pelo n. relator em diversos julgados por ele realizados, ousou, neste momento discordar de sua posição no que se refere ao presente Auto de Infração, ousou discordar do mesmo quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide para os fatos ocorridos antes de 27/03/08.

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 antes de 27/03/08. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/09 e se encerra em 31/12/2013. O Auto de Infração foi lavrado em 27/03/2013.

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 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.

Diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada pelo nobre relator. Quanto ao mérito, acompanho o voto do ilustre relator.

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, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0001/13-5**, lavrado contra **POSTO GUANABARA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.643,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.567,13, 70% sobre R\$8.839,99 e 100% sobre R\$7.236,69, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$7.155,33**, previstas nos incisos XI, XIII-A, “j” e XXII, do diploma legal citado e alterações conferidas pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

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

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

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

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