

**PROCESSO** - A. I. N° 206944-0003/11-1  
**RECORRENTE** - VALE MANGANÊS S.A.  
**RECORRIDOS** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0199-05/13  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 04/08/2014

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0200-12/14

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESA ADUANEIRA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5<sup>a</sup> JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 19/11/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/2011, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 570.922,24 (quinhentos e setenta mil novecentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

O sujeito passivo reconheceu a procedência da autuação com relação às infrações 1, 2 e 3, apresentando termo de confissão de dívida (fls. 260/261), e comprovante de pagamento (DAE – fl. 271), restando subsistente como objeto de discussão a seguinte infração:

*Infração 04 – recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial.*

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.157/166), alegando a extinção por decadência dos débitos concernentes a totalidade da infração 04 e parte dos débitos das infrações 1 e 2, tendo arguido a inocorrência do fato gerador das demais cobranças, buscou demonstrar que preencheu os requisitos que lhe asseguram o direito de se creditar dos valores recolhidos a título de ICMS.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte, concluindo pela manutenção total do Auto de Infração guerreado (fls. 185/190). Após, fora requerida diligência para que a ASTEC/CONSEF exclua da exigência relativa à infração 1 os bens constantes de forma indevida, devendo elaborar duas planilhas, uma com os itens excluídos e a outra com os mantidos na exigência, bem como novo demonstrativo de débito da infração 1, relativos aos bens mantidos (fls.206).

A ASTEC em Parecer formado após cumprimento da diligência elaborou novo demonstrativo do débito da infração 1, reduzindo-o para o valor de R\$196.933,08 (fls. 208/211).

Em face o Parecer dado pela ASTEC, o autuante apresentou nova informação fiscal em que reiterou todos os termos do Auto de Infração, inclusive o item objeto da diligência (fls. 225/236).

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5<sup>a</sup> JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração n° 206944.0003/11-1, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$570.922,24, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, “a” e “f” e inciso III, “a” da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 04 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, "a" (diligencia) e inciso II "a" e "b" do RPAF/99 (pericia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 2011, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes ao exercício de 2006, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF N°s 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: "se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador".

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

(...)

No que tange às demais infrações, a exceção da arguição de decadência, já apreciada, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações.

Salienta, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as demais infrações (02, 03 e 04) são totalmente procedentes.

"Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária."

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente: "No que concerne à alegação da decadência dos débitos, a junta se posicionou de forma contrária, pois a legislação do Estado da Bahia fixou prazo para a homologação, mantendo os 5 (cinco) anos para ocorrência da decadência, porém sua contagem é iniciada no exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. Sendo assim os fatos geradores ora guerreados só seriam atingidos pela decadência em janeiro de 2012".

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo apresentou Termo de Confissão de Dívida, referentes às infrações 1, 2 e 3 (fls. 260/261); e interpôs Recurso Voluntário (fls. 277/283) em relação à Decisão referente à infração 4, reitera todos os argumentos suscitados na peça defensiva, além de atacar a Decisão da JJF que considerou o termo inicial pra contagem do prazo decadencial a partir do exercício seguinte ao do fato gerador.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 434/436) opinou pelo Improvimento do Recurso, alegando que o prazo a ser considerado para contagem do prazo decadencial deve ser o estabelecido na legislação do Estado da Bahia, tendo, portanto acordado com o que decidiu a junta.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

## VOTO VENCIDO

O objeto do presente Recurso Voluntário resume-se a atacar a Infração 4 com um único argumento, qual seja, a ocorrência da decadência.

No tocante à preliminar de decadência, entendo assistir razão ao Recorrente.

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

*"Art. 150. (...)"*

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

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

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

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

*"Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*(...)*

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

*(...)*

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

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

*"Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN" (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).*

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

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

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, cristalizou 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.

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

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as

disposições constantes do COTEB.

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

Não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, que apenas ocorreu em 23 de dezembro de 2011, razão pela qual os créditos lançados do exercício de 2006 (até 22 de dezembro de 2006), foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, em sede de preliminar, para reconhecer a decadência dos lançamentos realizados na Infração 4.

## VOTO VENCEDOR

Com todo respeito que tenho pelo voto prolatado pelo nobre Conselheiro, *data venia*, ouso discordar do mesmo quanto à matéria do prazo decadencial na presente lide visto que, isto não se verifica nestes autos.

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 o lançamento ocorrido até dezembro de 2006. Entretanto, no caso específico, o prazo que tem o fisco começar a contar a partir de 01/01/07 e se encerra em 31/12/2011. O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2011, portanto não se operou a pretendida decadência.

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.

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

“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, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja inalterada a Decisão recorrida

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206944.0003/11-1, lavrado contra VALE MANGANÊS S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$570.922,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, Edmundo José Bustani Neto E José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

MÔNICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS