

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0002/13-2
RECORRENTE - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ALUMÍNIO BELMETAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0068-04/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0252-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. SAÍDAS SUBSEQÜENTES SUJEITAS À REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. b) ENTRADAS COM SAÍDAS SUBSEQÜENTES SUJEITAS À REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. c) DESTAQUE A MAIOR DOS CRÉDITOS EM DOCUMENTOS FISCAIS. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. DECRETO Nº 7.799/2000. a) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE. b) VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESABILITADOS. O impugnante, na defesa de mérito das infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 9, limitou-se a aduzir que efetua segregação de mercadorias adquiridas por alíquotas diferenciadas em controle físico de estoques, a fim de vinculá-las às vendas posteriores. Entretanto, não foi trazido ao processo qualquer elemento de prova. Agiu com acerto a autuante ao exigir as glosas, assim como o imposto decorrente da redução ilegal de base de cálculo nas vendas para contribuintes irregulares no Cadastro do ICMS. Infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 9 caracterizadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Infrações 5 e 11. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. a) VENDAS PARA MICROEMPRESAS SEM O DESCONTO PREVISTO NO DECRETO 7.799/2000. b) SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS NORMALMENTE. MULTA. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das operações não escrituradas. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Rejeitada a prejudicial de decadência. Indeferido o pedido de revisão. Imputações não impugnadas. Infrações 5, 7, 8 e 10 a 14 mantidas. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo relator, rejeitada a preliminar de nulidade proposta pelo contribuinte e afastada a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Indeferido o pleito de perícia. Mantida a Decisão recorrida quanto ao mérito. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JF – Junta de Julgamento Fiscal em 03/04/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 428.535,55 (quatrocentos e vinte oito mil quinhentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), em decorrência do cometimento de 14 (quatorze) infrações.

Infração 01 – Falta de estorno do crédito de prestações de serviços de transporte, referente às entradas com saídas respectivas ocorridas com redução de base de cálculo, na parte proporcional à redução (Decreto 7.799/2000). R\$ 4.300,75 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Recolhimento a menor, em razão do uso indevido do benefício da redução da base de cálculo (vendas para não contribuintes; Decreto 7.799/2000). R\$ 1.939,74 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Falta de estorno de crédito, referente às entradas com saídas respectivas ocorridas com redução de base de cálculo, na parte proporcional à redução (Decreto 7.799/2000). R\$ 387.626,79 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/1996.

Infração 04 – Recolhimento a menor, em razão do uso indevido do benefício da redução da base de cálculo (vendas para contribuintes desabilitados; Decreto 7.799/2000). R\$ 2.157,21 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 05 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes desabilitados (com inscrições estaduais canceladas ou baixadas) localizados neste Estado. R\$ 1.131,09 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

Infração 06 – Falta de estorno de crédito, concernente às entradas com saídas respectivas ocorridas com redução de base de cálculo, na parte proporcional à redução (Decreto 7.799/2000). R\$ 6.897,75 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/1996.

Infração 07 – Recolhimento a menor, em virtude de erro na aplicação da alíquota nas saídas regularmente escrituradas. Trata-se de vendas tributáveis para microempresas sem o desconto previsto no Decreto 7.799/2000. R\$ 510,43 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 08 – Recolhimento a menor, em virtude de erro na aplicação da alíquota nas saídas regularmente escrituradas. R\$ 744,66 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 09 – Utilização indevida de crédito, em função de destaque a maior de imposto em documentos fiscais. Trata-se de “devoluções de vendas, quando vendeu mercadorias com base de cálculo reduzida (Decreto 7.799/2000) e se creditou quando das devoluções respectivas do imposto sem redução da base de cálculo (...)”. R\$ 9.589,26 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 10 – Multa sobre a parcela do imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, com saídas posteriores tributadas normalmente. Multa de R\$ 7.630,11, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

Infração 11 – Falta de retenção e recolhimento do tributo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes não inscritos localizados neste Estado. R\$ 2.422,35 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

Infração 12 – Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 2.820,18, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

Infração 13 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 65,04, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/1996.

Infração 14 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de material de uso e consumo em outras unidades federativas. R\$ 700,19 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.391/418), alegando preliminarmente a nulidade do Auto, devido a não indicação do método de cálculo dos acréscimos moratórios, bem como a decadência, dos fatos ocorridos antes de 04/10/2008, pois foi intimado do lançamento de ofício no dia 04/10/2013. Utilizou como fundamento o art. 150, §4º do CTN.

Relativamente ao mérito das infrações de nº 1, 2, 3, 4, 6 e 9, argumentou que a autuação não procedeu porque adquiriu mercadorias sob as alíquotas de 7%, 12% e 17%, tendo realizado controle físico dos estoques. No tocante às vendas para não contribuintes, arguiu que as realizou com os

itens adquiridos sob os percentuais de 12% e 17%.

Afirma ainda que não é possível exigir o ICMS sob a presunção de inexistência no controle de estoques previsto no indigitado preceptivo regulamentar. Apesar de não ter juntado nenhuma prova de fazê-lo.

No mérito não impugnou as infrações 5, 7, 8 e 10 a 14 do Auto de Infração.

Em seguida, requereu a redução das multas propostas pela autuante, afirmando que as mesmas possuem caráter confiscatório.

Por fim, requereu a nulidade ou improcedência do Auto, bem como, caso assim não entendesse o julgador, a realização de perícia.

A autuante prestou informação fiscal (fls.438/457), em que refutou as arguições de nulidade e da decadência, bem como, dos pedidos de redução da multa e realização de perícia.

Na parte meritória, asseverou que em momento algum o contribuinte apresentou provas confirmando suas alegações, e que o mesmo deveria ter segregado as mercadorias por alíquotas, registrando-as no livro de Registro de Inventário, o que não fora realizado pelo contribuinte.

Pontua, por fim, que as acusações presentes no Auto em discussão já foram objeto em Auto de Infração anterior, de período diverso, de nº 298629.0056/11-5, o qual foi julgado procedente.

Por tudo exposto, se manifestou no sentido de manter sua autuação.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 206881.0002/13-2, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$418.020,22, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, “a”, “e” e “f” e inciso VII, “a” e “b” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias de R\$2.885,22, previstas nos arts. 42, IX e XI da mesma Lei e da multa percentual no valor de R\$7.630,11, prevista no inciso II, “d”, do mesmo dispositivo legal, ambas com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

No que concerne à preliminar de nulidade, atinente aos acréscimos moratórios, não merece acolhimento, posto que os mesmos têm fundamento no art. 102, §2º, II do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB; Lei 3.956/1981).

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios: (...) § 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios: (...) II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado”.

Quanto à prejudicial de decadência, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Assim, nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menor, a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Rejeitadas a preliminar de nulidade e a prejudicial de decadência.

Por entender que todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores estão presentes nos autos, indefiro o requerimento de perícia, com supedâneo no art. 147, I, “a”, RPAF/1999.

Os itens 05, 07, 08 e 10 a 14 do Auto de Infração não foram impugnados. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, os mesmos não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito das imputações 01, 02, 03, 04, 06 e 09, assinale-se que, em relação à alegação do impugnante de que efetua segregação de mercadorias adquiridas por alíquotas diferenciadas em controle físico de estoques, a fim de vinculá-las às vendas posteriores, não foi trazido ao processo qualquer elemento de prova de que isto ocorre.

Deveria o beneficiário das normas do Decreto 7.799/2000, em tais casos, estornar os créditos oriundos de

entradas ou serviços cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo.

Agiu com acerto a autuante ao exigir as glosas, assim como o imposto decorrente da redução ilegal de base de cálculo, nas vendas para contribuintes irregulares no Cadastro do ICMS.

O caráter supostamente confiscatório das multas não pode ser julgado neste foro, consoante norma do art. 167, I do RPAF/1999. Com respeito ao pleito de redução, não há previsão legal para ser julgado nesta Junta de Julgamento Fiscal (JJF), no que concerne às multas por descumprimento de obrigações principais. Relativamente àquelas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias, indefiro o pedido, visto que ausente um dos requisitos do art. 42, §7º, Lei 7.014/1996, qual seja, a falta de recolhimento do gravame.

Infrações caracterizadas.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 488/517)** em relação à Decisão da junta, reiterando todos os argumentos suscitados na peça defensiva. Basicamente reapresentou a impugnação apresentada na forma de Recurso Voluntário, com exceção ao pedido de perícia formulado.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 541/545) opinou pelo Improvimento do Recurso, alegando: i) A ausência de argumentos jurídicos ou provas capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido; ii) A incompetência do CONSEF para julgamentos de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como, para reduzir ou elidir multa por descumprimento de obrigação principal; iii) Que a Multa tem natureza jurídica diversa dos tributos, portanto, o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não atinge as multas; iv) Quanto ao pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória, entendeu pelo não acolhimento, visto ausência do recolhimento do imposto; v) Que os lançamentos não foram atingidos pela decadência, e que a regra do §4º do art.150 do CTN não é aplicada neste caso, pois o contribuinte não recolheu o tributo, tendo a fiscalização de lança-los de ofício; vi) Que a alegação do contribuinte de que efetuava a segregação dos produtos adquiridos por alíquotas diferenciadas não restou devidamente comprovada.

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

VOTO (Vencido quanto às preliminares de nulidade proposta e à decadência)

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 03/04/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 428.535,55 (quatrocentos e vinte oito mil quinhentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), em decorrência do cometimento de 14 (quatorze) infrações.

Inicialmente, cumpre asseverar que um dos pontos alegados na tese defensiva trata do prazo decadencial para lançamento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, entendendo que deve ser aplicado o § 4º. do art. 150 do CTN.

Neste aspecto, cumpre ressaltar o dever previsto no art. 168 do RPAF:

Art. 168. Sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:

I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à Decisão;

Assim, entendendo este relator se tratar de matéria já decidida em última instância pelo poder judiciário, submeto à apreciação desta CJF proposta de representação à Câmara Superior, por ser dever instituído pelo dispositivo acima citado.

Indeferida a proposição, passo à análise do Recurso Voluntário apresentado.

No que se refere à preliminar de nulidade apresentada pelo Recorrente em razão da falta de detalhamento do método de cálculo das Infrações entendo que a mesma não deve ser acolhida, isto porque o cálculo dos acréscimos moratórios decorre de lei, e está devidamente detalhado. Não vejo, portanto, o cerceamento do direito de defesa alegado. Assim, indefiro a preliminar de Nulidade alegada pelo Recorrente.

Entretanto, de ofício, entendo existir nulidade em razão de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, mas por razão diversa da por ele alegada.

Verifico que o presente processo gira em torno de 14 supostas infrações à legislação do ICMS, cada uma tratando de situações diversas. O Recorrente aduz em sede de preliminar a nulidade do lançamento por falta de compreensão do procedimento fiscal realizado, especialmente no que se refere ao cálculo dos acréscimos moratórios.

De fato, não há vedação na legislação estadual acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo, entretanto, não há dúvidas de que tal prática deve ser evitada, sobretudo se puder causar algum tipo de embaraço ao direito de ampla defesa do contribuinte e, conseqüentemente, prejudicar a busca da verdade material.

Tal posição também foi defendida pelo Conselheiro Leonardo Baruch em voto divergente proferido no A. I. Nº 269139.0001/10-7.

Toda análise de nulidade de um Auto de Infração deve ser feita a partir do caso concreto, a fim de perquirir se a reunião de diversas infrações no mesmo auto prejudica ou não os princípios basilares do processo administrativo fiscal.

No caso ora em análise, entendo que o direito de defesa do contribuinte restou prejudicado, seja pela dificuldade em compreender o alcance das infrações e produzir as provas que lhe competiam em tempo hábil, seja pela dificuldade dos julgadores desse Egrégio Conselho em realizar tal mister.

E não se pode alegar que tal fato restaria superado diante da falta de impugnação específica de 05 (cinco) das 14 (quatorze infrações), uma vez que isso pode ter decorrido, exatamente da dificuldade de se impugnar todos os itens, bem como da análise de custo-benefício da empresa, uma vez se tratarem de itens de menor relevância econômica.

Entretanto, o Fisco não pode se utilizar de tal estratégia em seu favor. O que deve ser pago é o que é devido com certeza e segurança e não por impossibilidade de defesa do contribuinte.

A dificuldade do contribuinte, do próprio fisco e também dos julgadores diante do presente Auto de Infração não se resumiu apenas ao árduo trabalho de analisar as centenas de laudas do PAF. Em suma, a instrução processual restou inteiramente prejudicada.

Por sua vez, entendo que o direito de defesa do contribuinte foi tolhido, até porque o mesmo dispôs dos mesmos prazos recursais.

Diante de tal situação, em apreço aos princípios norteadores do direito tributário, entendo que o mais razoável a se fazer no caso comento é anular inteiramente o Auto de Infração, facultando ao nobre autuante o reinício da ação fiscal e, a partir daí, a lavratura de novos autos de infração, agrupando as infrações de acordo com os roteiros de fiscalização em comum, e em volume razoável e proporcional para se preservar a ampla defesa, observadas naturalmente as regras de decadência.

Assim, em sede de preliminar, de ofício, voto pela NULIDADE do presente lançamento.

Vencido na análise da preliminar de Nulidade suscitada de ofício por este Relator, passo à análise da segunda preliminar arguida pelo Recorrente, qual seja, a ocorrência da decadência para os fatos geradores ocorridos até 03 de outubro de 2008.

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

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei 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 04 de outubro de 2013, razão pela qual os créditos lançados do exercício de 2008 (até 03 de outubro de 2008), 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 cujos fatos geradores ocorreram até 03 de outubro de 2008.

Vencido na segunda preliminar, passo à análise do mérito do Recurso Voluntário.

Quanto aos itens 5, 7, 8 e 10 a 14 do Auto de Infração, tal qual na impugnação, não tiveram seu mérito impugnado. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, mantenho os respectivos lançamentos.

Quanto ao mérito das imputações 1, 2, 3, 4, 6 e 9, verifico que o Recorrente limitou-se a reproduzir as alegações apresentadas em sede de impugnação administrativa, em que pese quanto às Infrações 2, 4 e 9 tenha apresentado fundamentos sem qualquer relação às mesmas.

O Recorrente alega efetuar a segregação de mercadorias adquiridas por alíquotas diferenciadas em controle físico de estoques, a fim de vinculá-las às vendas posteriores, não foi trazido ao processo qualquer elemento de prova de que isto ocorre.

Ressalte-se ainda que, em que pese o recorrente tenha reiterado o pedido de juntada de documentos extemporâneos não o fez. Ou seja, permanece sustentando suas alegações sem trazer nenhum indício ou meio de prova. Todos os seus argumentos foram devidamente enfrentados pelos julgadores de piso.

Outrossim, de fato, deveria o beneficiário das normas do Decreto nº 7.799/2000, em tais casos, estornar os créditos oriundos de entradas ou serviços cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo. E o recorrente não logrou êxito em provar que o fez.

Assim como não comprovou a regularidade dos seus compradores, o que justifica a exigência das glosas, assim como o imposto decorrente da redução ilegal de base de cálculo, nas vendas para contribuintes irregulares no Cadastro do ICMS.

Assim, a mera negativa do cometimento das infrações não aproveitam o Recorrente.

Outrossim, consoante norma do art. 167, I do RPAF/1999, não faz parte da competência desta Câmara analisar pedidos de inconstitucionalidade das penalidades aplicadas.

No que se refere às penalidades decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias, indefiro o pedido de redução formulado, por entender ausente um dos requisitos do art. 42, §7º, Lei 7.014/1996, qual seja, a prova de que não houve falta de recolhimento de imposto, uma vez que o presente lançamento também exige obrigação principal no mesmo período fiscalizado.

Assim, diante do exposto, voto pelo de ofício voto pela NULIDADE do presente lançamento e, vencido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apenas quanto à preliminar Decadência e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO das razões recursais.

VOTO VENCEDOR (Preliminares de nulidade suscitada pelo relator e quanto à decadência)

Data venia, não posso alinhar-me a decisão do n. relator quanto à questão de nulidade do Auto de Infração que suscitou de ofício.

Como bem pontuado no voto do n. relator, não há vedação, na legislação estadual, acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo. A única exceção existente é aquela determinada no seu art. 43 - *É vedada a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos*. Em assim sendo, da forma que se encontra a norma posta, não existe limite para que a fiscalização, em uma só ação fiscal, lance todas as infrações que detectou na auditoria realizada.

No mais, não discordo de que um Auto de Infração deve conter um número de infrações que permita não somente ao sujeito passivo tributário exercer o seu pleno direito de defesa no prazo legal a que se encontra submetido, bem como, para facilitar aos julgadores em decidir a lide que neste Colegiado adentra. E que tal prática deve ser evitada, já que pode causar embaraço ao direito de ampla defesa do contribuinte. No entanto, não posso, em decisão singular de um foro administrativo, ir de encontro à norma vigente. Inclusive, este Colegiado vem buscando, ao longo do tempo, este caminho. Mas, o tem feito dentro de todos os trâmites legais, pois no seu campo de ação não consta a desobediência à norma posta e vigente deste Estado, nem, tampouco, sob o manto de permissivos legais, ou mesmo de princípios constitucionais, criar situações que não existam na norma então vigente.

E o próprio RPAF/BA, veda esta competência a este Colegiado quando assim determina:

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

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

E no caso específico e ora em análise, existe, ainda, um agravante. O n. relator afirma entender, sem qualquer prova concreta que embase sua posição, de que a empresa, desde a sua inicial, não impugnou cinco das quatorze infrações, pela dificuldade de impugnar todos os itens, ou mesmo da análise de custo-benefício feita pela empresa. Ora, tal posição é uma absoluta presunção. Entendo total equívoco o n. relator, partir de uma presunção (que, inclusive, não tem nem indícios de prova nos autos), anular uma ação fiscal, embasada em roteiros de fiscalização emanados do ente tributante e realizada em obediência à legislação posta e vigente. E mais, afirmar de que o Fisco estar a utilizar de tal estratégia em seu favor.

E para finalizar, ao analisar o Auto de Infração, das quatorze infrações existentes, nove delas tratam de uma única matéria, ou seja, de um único roteiro de auditoria fiscal: utilização irregular do benefício fiscal concedido através do Decreto nº 7799/00.

As demais (cinco) tratam da falta de recolhimento do imposto em relação á mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, falta de pagamento da diferença de alíquota e destas cinco, três tratam da aplicação de penalidade acessória por descumprimento de obrigação acessória (falta de pagamento da antecipação parcial na aquisição de mercadorias tributada e falta de registro de notas fiscais de aquisições na escrita fiscal (multa de 1% e 10%).

Como se denota, não existe qualquer dificuldade em se saber o que foi autuado, pois resta claro e exposto, inclusive com toda a base legal a qual obedeceu a fiscalização.

Pelo exposto, meu voto é pela não aceitação da nulidade levantada de ofício pelo n. relator.

E, novamente, ousa discordar do mesmo quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide, para os fatos ocorridos até 03 de outubro de 2008.

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 03 de outubro de 2008. 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 30/09/2013.

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 JF, 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 tanto pelo n. relator, quanto pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto às preliminares de nulidade, suscitada, de ofício, pelo relator e de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0002/13-2**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ALUMÍNIO BELMETAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$418.020,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$2.885,22**, prevista nos incisos IX e XI e além da multa percentual no valor de **R\$7.630,11**, prevista no inciso II, “d”, todas do mesmo dispositivo legal, ambas com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

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

VOTO VENCIDO (Preliminares de nulidade suscitada e decadência) - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VENCIDO
(Preliminares de nulidade e de decadência)

MONICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR
(Preliminares de nulidade e de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS