

PROCESSO - A. I. Nº 233043.0002/13-2
RECORRENTE - RELEX MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0052-0514
ORIGEM - INFAZ ILHEUS
INTERNET - 16/09/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0268-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime. 1. FALTA DE PAGAMENTO. Contribuinte na condição de Empresa de Pequeno Porte está obrigado a efetuar o pagamento do imposto por antecipação parcial, não se aplicando a redução de 50% no valor do imposto a recolher, apenas aplicável às empresas inscritas na condição de Microempresa, nos termos do §4º do art. 352-A do RICMS/BA. 2. PAGAMENTO A MENOS. De ofício, aplicada a redução de 20% em relação à infração 2, concedida com base no §4º do art. 352-A. Infração reduzida. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/2013, para exigir do recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 29.477,49, em decorrência do cometimento de 3 infrações, dentre as quais apenas a 1 e 2, abaixo transcritas, foram objeto de razões recursais:

Infração 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 5.490,57, multa de 50%, I, "b", 1.

Infração 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pela Microempresa e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 29.477,49. Multa de 50%, I, "b", 1.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, por unanimidade, da seguinte forma, “*in verbis*”:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado contempla 03 infrações já devidamente relatadas.

Verifico que o autuado reconhece a infração 3, cabendo a sua procedência, na medida em que foi exigida em consonância com o devido processo legal.

Quanto à alegação de prescrição, não cabe ao presente caso, visto que o aludido prazo prescricional tem início da Decisão administrativa que não cabia mais Recurso, ou seja, tenha transitado e julgado administrativamente, uma vez que houve a impugnação administrativa do lançamento de ofício. O sujeito passivo deve ter se referido à decadência, que de igual modo não tem acolhimento, pois não se esgotou o prazo legal para o lançamento de ofício, que é de cinco anos contados do primeiro dia do ano seguinte àquele que o lançamento deveria ser efetuado.

Quando à infração 1, verifico que, apesar das notas fiscais terem sido lançadas, não consta os valores recolhidos nem mesmo no site da SEFAZ, relativos aos DAes de pagamento para as notas fiscais que o autuante na planilha da fl.07, bem como o autuado não trouxe aos autos tais documentos de pagamento. A planilha

anexada pelo autuado, à fl. 150, demonstra que o valor devido é igual ao exigido na presente infração, como não foi localizado no auto, nem os sistemas SEFAZ pedido de parcelamento referente a esse processo, nem recolhimento da parcela inicial.

Quanto à alegada bitributação não cabe tal alegação, pois não foram verificados os aludidos pagamento, bem como a legislação que rege a matéria do autuado, conforme fundamentação na infração, o imposto devido relativo à antecipação parcial.

Em relação à infração 2, a empresa alega que débito não é devido, existindo apenas uma diferença a ser recolhida, reconhecendo uma diferença menor.

O levantamento foi baseado na verificação das notas fiscais, nos DAEs de recolhimento, como também levando em consideração o livro registro de entradas para conferir o período de lançamento.

A legislação do Simples Nacional leva em consideração o faturamento apresentado pela empresa relativo ao faturamento do ano anterior somente para fins de enquadramento na condição de ME ou EPP, não havendo no que se falar em prescrição, conforme disciplina a Resolução COSN nº 4, de 30 de maio de 2007, dispondo sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tomando como base para o seu enquadramento o limite da receita bruta auferida no ano-calendário, conforme dispositivos já reproduzidos.

O autuado nos períodos a que se refere esse auto é uma EPP, com faturamento acima de R\$ 240.000,00. Conforme afirma o autuante, toda a fiscalização e apuração foi baseada nessa condição e a empresa foi intimada a proceder à alteração de porte para fins de regularização do cadastro.

Verifica-se através das planilhas de cálculo do autuado (docs. Fls. 147 a 154) que o sujeito passivo fez o cálculo do ICMS antecipação parcial, e utilizou o benefício de redução do imposto inerente as microempresas, redução de 50% OU 60% a depender do período, no caso das aquisições da indústria, conforme previsto no parágrafo 4º, incisos I e II do Art. 352-A. Assim, o autuado não poderia ter utilizado desse benefício simplesmente, pelo fato da empresa apresentar faturamento superior ao da microempresa, e ainda como EPP não poderia utilizar o mesmo benefício porque não apresenta em nenhum período mensal faturamento até R\$ 30.000,00, conforme está previsto no Art. 352-A parágrafo 4º, inciso I e como pode ser comprovado através dos recibos das suas DASNS dos períodos de 2007, 2008 e 2009 (Docs. Fls. 157 a 159).

Observe que, conforme afirmação do autuante, todos pagamentos realizados pelo autuado e constantes no sistema SEFAZ foram considerados e estão lançados na coluna denominada 3 da planilha das fls. 16 a 18. Foi cobrada somente a diferença de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial não havendo em nenhum momento bitributação como alegou o autuado. Em relação ao enquadramento o faturamento declarado pela empresa confirma o porte de EPP.

Quando às arguições de que a multa e juros cobrados são abusivos e confiscatórios, bem como as decisões judiciais, colacionadas pelo contribuinte, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, cabendo visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de Decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos "erga omnes, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I, do RPAF/BA.

Quanto infração 3, o sujeito passivo apenas reproduz a infração para afirmar que reconhece ser devida e diz já ter realizado o pagamento, porém não fez juntada do DAE de pagamento e até o momento não consta no sistema INC comprovação do mesmo, conforme (doc. fl. 160).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando, após breve histórico dos fatos, que o fato gerador do ICMS é definido pela constituição através do disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 114 do CTN, destacando que a antecipação do ICMS, corresponde à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização.

Aduz que a antecipação tributária incide nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização inclusive nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa.

Destaca que o sujeito passivo sempre efetuou o recolhimento do ICMS, seja através da arrecadação unificada do Simples Nacional, seja pela antecipação parcial do ICMS que sempre foi paga antes da entrega da mercadoria, para fazer jus ao desconto de 50% ou 60%, nas notas fiscais de aquisição de mercadoria, pelo enquadramento como Microempresa Simbahia.

Sob esse argumento, o sujeito passivo requer que seja julgado procedente o Recurso para anular o lançamento tributário, e, caso não seja acolhido tal pedido, que seja analisada a documentação e a planilha anexada para cálculo do real valor devido, indicando que não há razão para o desenquadramento do mesmo como EPP e já pleiteando o parcelamento do valor a ser apurado.

Salienta que o débito objeto da execução fiscal até o mês de junho de 2008 estaria prescrito de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência. Colaciona o art. 142 do CTN e afirma que o art. 174 do CTN estabelece o prazo de 05 anos para a ocorrência da prescrição do crédito tributário contados da data de constituição definitiva do débito em dívida ativa e considerando as hipóteses de interrupção do prazo prescricional.

Ressalta que o art. 174 do CTN foi alvo de discussão doutrinária e jurisprudencial no que se refere à prescrição do crédito no curso da ação de execução fiscal, mas que foi unificada a corrente de que passados os cinco anos de constituição do crédito, mesmo com a ação interposta, o crédito em litígio estará prescrito. Nesse sentido, colaciona o teor de dois julgados judiciais.

No que se refere à correção monetária, juros e multa de mora pondera que a legislação prevê que as penalidades impostas devem ser atreladas à capacidade econômica do contribuinte. Argumenta, ainda, que a correção monetária não constitui penalidade e não se confunde com juros, sendo mera atualização do valor da moeda ao longo do tempo.

Prossegue dizendo que a taxa de juros moratórios, mesmo quando convencionada pelas partes, não poderá ultrapassar o teto legal de 6% ao ano e que as multas de mora decorrentes do inadimplemento das obrigações no seu termo não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação devida.

Conclui que o valor cobrado pelos fiscais deste município está abusivo e de encontro com o que estabelece a nossa legislação, devendo ser imediatamente revisto.

Por fim, requer o provimento do Recurso para que seja julgado totalmente procedente, e caso não seja o entendimento dos julgadores, que seja feita uma análise da documentação e das planilhas acostadas, calculando o valor real devido, levando em consideração os valores já pagos, e o fato da empresa sempre ter sido enquadrada como ME, não existindo razão para o desenquadramento para EPP.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Início a apreciação das razões de apelo pela prejudicial de mérito atinente ao transcurso do prazo decadencial, insistentemente apresentado pelo recorrente como prescricional, para o fisco efetuar o lançamento relativamente ao ano de 2008.

Neste particular, divergindo do posicionamento externado no voto condutor do acórdão recorrido, entendo assistir razão ao Recorrente.

Da análise do Auto de Infração, cuja ciência ao contribuinte se deu em 27/06/2013 (fls. 03) constato que os prepostos autuantes exigem diferenças de imposto decorrente de crédito apropriado em montante superior ao assegurado pela legislação de regência, relativamente ao período compreendido entre os meses de janeiro a maio de 2008.

Dúvidas não restam que o ICMS é imposto sujeito ao lançamento por homologação, submetido ao previsto no § 4º do art. 150 e art. 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN vale dizer: cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, *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.

E que não se diga aplicar-se ao caso o disposto no art. 107-B do Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei n.º 3.956/81, uma vez que esta não foi recepcionada pela Constituição Federal em vigor, haja vista a previsão expressa na carta magna, em ser art. III, “b”, acerca da competência exclusiva de Lei Complementar para disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, *verbis*:

“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”.

Neste particular reproduzo trecho do voto do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, proferido nesta Câmara, no Acórdão CJF Nº 0178-12/14:

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 09 de dezembro de 2010, razão pela qual os créditos lançados do exercício de 2005 (até 08 de dezembro de 2005), foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.”

Registre-se que, especificamente ao que tange a cobrança do ICMS, o entendimento acerca da forma de contagem do prazo decadencial já foi pacificado pelos tribunais superiores, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR. CREDITAMENTO INDEVIDO. PAGAMENTO PARCIAL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. 1. O prazo decadencial para o lançamento suplementar de tributo sujeito a homologação recolhido a menor em face de creditamento indevido é de cinco anos contados do fato gerador, conforme a regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 07/11/2011; AgRg no REsp 1.238.000/MG, Rel. Ministro

Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/06/2012. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1318020 RS 2012/0069993-3, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2013)

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, DO CTN. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA EM CINCO ANOS. CRÉDITO EXTINTO. 1. Nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, opera-se a decadência do direito de lançar do Fisco no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considerando-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. 2. Ocorrendo o pagamento antecipado de ICMS, por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. 3. Precedentes: AgRg no Ag 1.221.742/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.6.2010, DJe 30.6.2010; AgRg no REsp 672.356/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.2.2010, DJe 18.2.2010. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1152747 MG 2009/0145575-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 15/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2011)

Nestes termos, voto pelo PROVIMENTO do Recurso voluntário para reconhecer a decadência do direito de o fisco estadual proceder ao lançamento em relação às competências compreendidas entre janeiro e maio de 2008, afastando a cobrança no valor de valor de R\$ 560,12 (infração 1 – Vencimento 25/04/2008) e R\$ 2.032,32 (Infração 2 – Vencimento 25/02/2008) tendo em vista que na data da ciência do contribuinte já havia transcorrido o prazo decadencial legalmente previsto para tal lançamento.

Vencida quanto à prejudicial de decadência passo a análise das questões de mérito.

Conforme descrito anteriormente, em seu levantamento o autuante exigiu, nas infrações 01 e 02, o ICMS antecipação parcial, devido nas aquisições interestaduais realizadas por contribuinte localizado no Estado da Bahia para posterior comercialização.

O recorrente reconhece ser devido o ICMS antecipação parcial, entretanto, entende que a legislação lhe garante a redução da base de cálculo em 50% ou 60%, por estar ela enquadrada, no ano da ocorrência do fato gerador, como Microempresa.

Assim, a lide se resume em definir se o recorrente poderia, à época da ocorrência dos fatos geradores, estar ou não enquadrada como Microempresa.

Considerando que o recorrente era, desde julho de 2007, optante pelo Simples Nacional, necessário se torna a análise quanto ao enquadramento previsto na Lei Complementar n.º 123/2006, que assim dispunha na época da ocorrência dos fatos geradores:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

§ 7o Observado o disposto no § 2o deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.

§ 8o Observado o disposto no § 2o deste artigo, no caso de início de atividades, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa.

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no

inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12. (Grifo não constante no original)

Conforme Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN), relativas ao exercício de 2007, 2008 e 2009, acostadas ao presente PAF às fls. 157 a 159, a receita bruta auferida pelo recorrente nesses anos-calendários foram, respectivamente: R\$ 708.626,56, R\$ 1.230.397,70 e R\$ 1.138.819,33.

Destaque-se que, o fato de quando da fiscalização o exercício de 2007 já encontrar-se alcançado pela decadência não desloca para o exercício seguinte o ano-base para o cálculo de seu enquadramento, seja por ausência de previsão legal para tal mudança, seja por que, a lei estabelece o reenquadramento automático, não, dependendo, portanto, de qualquer procedimento fiscal para sua ocorrência.

Desta forma, à luz da legislação vigente, dúvidas não restam acerca do enquadramento do recorrente como **Empresa de Pequeno Porte**.

Assim, estabelecida esta premissa passarei a análise da redução concedida para o cálculo da antecipação parcial, assim prevista no art. 352-A do RICMS:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto a recolher, calculado na forma prevista neste artigo, sendo que: (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09)

I - a partir de 1º de março de 2008, o tratamento previsto neste parágrafo também alcança as referidas aquisições quando realizadas por empresas de pequeno porte cuja receita bruta no mês anterior seja igual ou inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); (efeitos de 01/01/08 a 18/01/08)

II - a redução será de 60% na hipótese de o contribuinte recolher o imposto no prazo regulamentar." (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09)

Por força do art. 111 do CTN, que determina a interpretação literal dos dispositivos legais tributários que tratam de benefício fiscal, a interpretação da norma acima apresentada deve ser restritiva. Assim, comungo com o entendimento do Ilmo. Julgador da JJF que concluiu que o benefício fiscal concedido é limitado às empresas enquadradas como Microempresas, não se lhe aplicando, portanto, ao Recorrente, empresa de pequeno porte.

Entretanto, no que se refere à infração 2, onde o Recorrente procedeu a recolhimentos no prazo legalmente previsto para o vencimento do ICMS antecipação parcial, verifico que o autuante não procedeu à redução de 20% (vinte por cento), prevista no § 5º do mesmo art. 352-A, que assim estabelece:

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

Uma vez que não ocorreram operações previstas no §4º, do mesmo artigo e considerando ser o recorrente empresa de pequeno porte, para a apuração do imposto a recolher necessário se torna a concessão do desconto de 20% do imposto devido por antecipação parcial, o que resulta nos valores a seguir apurados:

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DE FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

	Nota Fiscal	Alíquota	Valor NF	Outras Despesas	IPI	Base de Cálculo	ICMS	Valor Destacado	Valor Devido	Desconto	Valor a recolher	Valor Recolhido	Valor Devido	Valor autuado	Valor a excluir	
jan/08	191726	17%	16.490,00	72,47	824,50	17.386,97	2.955,78	1.159,37	1.796,41	359,28	1.437,13					
jan/08	192751	17%	6.562,00	21,42	328,10	6.911,52	1.174,96	460,84	714,12	142,82	571,29					
jan/08	192752	17%	6.562,00	21,42	328,10	6.911,52	1.174,96	460,84	714,12	142,82	571,29					
jan/08	192753	17%	1.544,00	7,56	77,20	1.628,76	276,89	108,61	168,28	33,66	134,62					
Total Janeiro/2008			31.158,00	122,87	1.557,90	32.838,77	5.582,59	2.189,66	3.392,93	678,59	2.714,34		1.360,61	1.353,73	2.032,32	678,59
mai/08	204829	17%	6.222,00		311,10	6.533,10	1.110,63	435,54	675,09	135,02	540,07					
mai/08	205030	17%	5.856,00		292,80	6.148,80	1.045,30	409,92	635,38	127,08	508,30					
mai/08	205723	17%	6.222,00		311,10	6.533,10	1.110,63	435,54	675,09	135,02	540,07					
Total Maio/2008			18.300,00	-	915,00	19.215,00	3.266,55	1.281,00	1.985,55	397,11	1.588,44	794,36	794,08	1.191,19	397,11	
jun/08	7225	17%	1.125,00			1.518,75	258,19	135,00	123,19	24,64	98,55					
jun/08	207699	17%	7.934,00		396,70	8.330,70	1.416,22	555,38	860,84	172,17	688,67					
jun/08	7328	17%	1.050,00			1.417,50	240,98	126,00	114,98	23,00	91,98					
Total Junho/2008			10.109,00	-	396,70	11.266,95	1.915,38	816,38	1.099,00	219,80	879,20	431,39	447,81	667,71	219,90	
jul/08	210728	17%	9.157,00	33,92	457,85	9.648,77	1.640,29	643,36	996,93	199,39	797,54					
jul/08	210729	17%	10.800,00	51,03	540,00	11.391,03	1.936,48	759,57	1.176,91	235,38	941,52					
jul/08	212036	17%	6.800,00		340,00	7.140,00	1.213,80	476,00	737,80	147,56	590,24					
Total Julho/2008			26.757,00	84,95	1.337,85	28.179,80	4.790,57	1.878,93	2.911,64	582,33	2.329,31	1.166,71	1.162,60	1.744,92	582,32	
ago/08	213610	17%	6.800,00		340,00	7.140,00	1.213,80	476,00	737,80	147,56	590,24					
ago/08	214226	17%	6.800,00		340,00	7.140,00	1.213,80	476,00	737,80	147,56	590,24					
ago/08	57516	17%	3.994,52			3.994,52	679,07	279,62	399,45	79,89	319,56					
Total Agosto/2008			17.594,52	-	680,00	18.274,52	3.106,67	1.231,62	1.875,05	375,01	1.500,04	750,12	749,92	1.124,93	375,01	
set/08	218198	17%	2.490,00	31,50	124,50	2.646,00	449,82	176,51	273,31	54,66	218,65					
Total Setembro/2008			2.490,00	31,50	124,50	2.646,00	449,82	176,51	273,31	54,66	218,65	110,21	108,44	163,11	54,67	
out/08	969968	17%	3.000,00	54,29		3.054,29	519,23	213,80	305,43	61,09	244,34					
Total Outubro/2008			3.000,00	54,29	-	3.054,29	519,23	213,80	305,43	61,09	244,34	123,69	120,65	181,74	61,09	
nov/08	65949	17%	1.817,46	39,58		1.857,04	315,70	129,99	185,71	37,14	148,57					
Total Novembro/2008			1.817,46	39,58		1.857,04	315,70	129,99	185,71	37,14	148,57	75,39	73,18	110,31	37,13	
jan/09	17889	17%	86,02		12,90	98,92	16,82	6,02	10,80	2,16	8,64					
jan/09	233628	17%	6.775,70	33,22	338,79	7.147,71	1.215,11	476,62	738,49	147,70	590,79					
jan/09	233629	17%	4.762,50	23,63	238,13	5.024,26	854,12	335,03	519,09	103,82	415,28					
Total Janeiro/2009			11.624,22	56,85	589,82	12.270,89	2.086,05	817,67	1.268,38	253,68	1.014,71	465,83	548,88	802,55	253,67	
fev/09	236744	17%	8.404,00	41,58	420,20	8.865,78	1.507,18	591,19	915,99	183,20	732,79					
fev/09	236745	17%	9.850,00	42,00	492,50	10.384,50	1.765,37	692,44	1.072,93	214,59	858,34					
Total Fevereiro/2009			18.254,00	83,58	912,70	19.250,28	3.272,55	1.283,63	1.988,92	397,78	1.591,13	801,74	789,39	1.187,18	397,79	
mar/09	35935	17%	7,04			7,04	1,20	0,84	0,36	0,07	0,29					
mar/09	27964	17%	4.275,00	77,35		4.352,35	739,90	304,66	435,24	87,05	348,19					
Total Março/2009			4.282,04	77,35	-	4.359,39	741,10	305,50	435,60	87,12	348,48	266,73	81,75	168,86	87,11	
abr/09	79890	17%	1.699,83	141,12		1.840,95	312,96	128,87	184,09	36,82	147,27					
abr/09	81295	17%	1.591,04	33,02		1.624,06	276,09	113,68	162,41	32,48	129,93					
abr/09	12859	17%	10.354,09		1.035,41	11.389,50	1.936,22	724,79	1.211,43	242,29	969,14					
abr/09	82347	17%	3.025,70	62,80		3.088,50	525,05	216,20	308,85	61,77	247,08					
Total Abril/2009			16.670,66	236,94	1.035,41	17.943,01	3.050,31	1.183,54	1.866,77	373,35	1.493,42	753,32	740,10	1.113,46	373,36	
mai/09	246065	17%	5.776,00	30,24	288,80	6.095,04	1.036,16	406,44	629,72	125,94	503,77					
mai/09	246066	17%	10.469,00	54,81	523,45	11.047,26	1.878,03	736,67	1.141,36	228,27	913,09					
mai/09	84245	17%	1.472,05	30,55		1.502,60	255,44	105,18	150,26	30,05	120,21					
mai/09	84371	17%	679,92	14,11		694,03	117,99	48,58	69,41	13,88	55,52					
mai/09	247368	17%	5.613,55	29,40	280,58	5.923,53	1.007,00	395,01	611,99	122,40	489,59					
mai/09	248101	17%	5.631,60	29,48	281,58	5.942,66	1.010,25	396,28	613,97	122,79	491,18					
mai/09	248117	17%	5.234,50	27,83	261,73	5.524,06	939,09	368,36	570,73	114,15	456,58					
mai/09	248118	17%	1.588,40	8,32	79,42	1.676,14	284,94	111,77	173,17	34,63	138,54					
mai/09	248119	17%	5.595,50	29,30	279,78	5.904,58	1.003,78	393,74	610,04	122,01	488,03					
mai/09	248820	17%	14.440,00	75,60	722,00	15.237,60	2.590,39	1.016,09	1.574,30	314,86	1.259,44					
mai/09	85666	17%	497,21	5,31		502,52	85,43	35,19	50,24	10,05	40,19					
mai/09	85669	17%	1.651,03	36,41		1.687,44	286,86	118,12	168,74	33,75	135,00					
mai/09	49480	17%	5.415,00	28,35	270,75	5.714,10	971,40	381,03	590,37	118,07	472,29					
mai/09	249481	17%	5.415,00	28,35	270,75	5.714,10	971,40	381,03	590,37	118,07	472,29					
mai/09	148231	17%	1.805,00	9,45	90,25	1.904,70	323,80	127,01	196,79	39,36	157,43					
mai/09	249232	17%	3.971,00	20,79	198,55	4.190,34	712,36	279,43	432,93	86,59	346,34					
Total Maio/2009			69.478,76	428,06	3.258,84	73.165,66	12.438,16	4.893,49	7.544,67	1.508,93	6.035,74	3.282,60	2.753,14	4.891,84	2.138,70	
jun/09	250535	17%	3.610,00	18,90	180,50	3.809,40	647,60	254,02	393,58	78,72	314,86					
jun/09	250536	17%	1.606,45	8,42	80,32	1.695,19	288,18	113,68	174,50	34,90	139,60					
jun/09	250537	17%	1.444,00	7,56	72,20	1.523,76	259,04	101,61	157,43	31,49	125,94					
jun/09	87890	17%	2.879,71	63,50		2.943,21	500,35	206,02	294,33	58,87	235,46					
jun/09	251272	17%	7.400,50	38,75	370,03	7.809,28	1.327,58	520,35	807,23	161,45	645,78					
jun/09	4387	17%	12.652,80		1.265,28	13.918,08	2.366,07	885,70	1.480,37	296,07	1.184,30					
jun/09	91404	17%	619,94	14,11		634,05	107,79	44,38	63,41	12,68	50,73					
Total Junho/2009			30.213,40	151,24	1.968,33	32.332,97	5.496,60	2.125,76	3.370,84	674,17	2.696,68	1.352,89	1.343,79	2.018,19	674,40	
jul/09	91405	17%	1.549,85	35,28		1.585,13	269,47	110,96	158,51	31,70	126,81					
jul/09	2234	17%	2.205,00													

não me foi possível atestar a alegada bitributação, bem como proceder à redução legal existente.

No que se refere às arguições de multa e juros com caráter confiscatório, afasto a discussão do presente julgamento uma vez que, com base no art. 167, I do RPAF/Ba, falece competência a este Conselho de Fazenda para análise de inconstitucionalidade de norma.

Desta forma, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado e de ofício conceder o benefício concedido no prevista no § 5º do art. 352-A, afastando o valor de R\$ 7.155,94, da Infração 2, julgando, em consequência, PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (decadência)

Com todo respeito que tenho pelas perfeitas decisões que tem tomado a n. relatora, neste momento, ousa discordar da sua posição quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide e em relação aos fatos ocorridos relativamente ao período compreendido entre os meses de janeiro a maio 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 27/06/2013.

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, aqumbarca 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 tanto pelo n. relatora, quanto pelo recorrente.

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, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233043.0002/13-2, lavrado contra a **RELEX MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.321,55**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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(as): Evany Cândida Vieira dos Santos e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS - RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS