

PROCESSO - A. I. N° 298922.0004/13-7
RECORRENTE - NC ENERGIA S/A
RECORRIDAS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF N° 0035-05/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 16.10.2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0306-12/14

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Recolhimento a menor do ICMS relativo à venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização neste estado. Cobrança de diferença do ICMS devido nas operações de venda interestadual de energia elétrica promovida pela empresa autuada em virtude de erro na determinação da base de cálculo. A empresa procedeu à retenção do imposto utilizando-se de metodologia de cálculo equivocada, visto que procedia à inclusão do imposto na própria base de cálculo utilizando-se do fator 0,8704, quando deveria ter embutido o imposto utilizando o fator 0,73 (considerando a alíquota de 27%), e, além disso, deveria ter reduzido a base de cálculo em 52% (conforme o artigo 80, inciso I, alínea “a”, do RICMS/BA). Infração caracterizada. Não acatada a preliminar de decadência de parte da exigência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente o presente auto de infração, lavrado em 25/09/13 para lançar o ICMS no valor de R\$ 3.023.681,76, com a seguinte imputação:

"Procedeu a retenção a menor do ICMS relativo a venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este estado. Refere-se à cobrança de diferença de ICMS devido nas operações de venda interestadual de energia elétrica promovida pela empresa autuada, em virtude de erro na determinação da base de cálculo. Ocorre que a empresa procedeu à retenção do imposto utilizando-se de metodologia de cálculo equivocada, visto que procedia à inclusão do imposto na própria base de cálculo utilizando-se do fator 0,8704, por entender que a base de cálculo reduzida assim admitia. A fiscalização cobra a diferença entre a forma correta, qual seja embutir o imposto utilizando o fator 0,73 (haja vista a alíquota ser de 27%), reduzir a base de cálculo em 52% (conforme art. 80, I, “a”, do RICMS). Aplicada a multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96."

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

No Auto de Infração em lide o contribuinte foi autuado em razão de ter efetuado retenção a menor do ICMS relativo a venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este estado. A cobrança, que totalizou o montante de R\$ 3.012.681,76, se refere à diferença de ICMS devido nas operações de venda interestadual de energia elétrica promovida pela empresa autuada, em virtude de erro na determinação da base de cálculo. A empresa procedeu à retenção do imposto utilizando-se de metodologia de cálculo equivocada, visto que efetuava a inclusão do imposto

na própria base de cálculo utilizando-se do fator 0,8704, por entender que a base de cálculo reduzida assim admitia. A fiscalização cobrou a diferença entre a forma correta, qual seja, embutir o imposto utilizando o fator 0,73 (haja vista a alíquota ser de 27%), reduzindo em seguida a base de cálculo em 52% (conforme art. 80, I, “a”, do RICMS). Foi aplicada a multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte impugnou parte da exigência fiscal, relativa ao período de janeiro a setembro de 2008, suscitando a decadência do crédito tributário, com contagem dos prazos a partir da ocorrência dos fatos geradores, na forma estabelecida no art. 150, § 4º, do CTN (Código Tributário Nacional).

Certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, à luz da legislação vigente no Estado da Bahia e considerando, especialmente, o que o dispõe o próprio CTN no dispositivo mencionado, conforme abaixo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(....)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse 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.

Conforme foi muito bem pontuado pelos autores, o CTN estabeleceu que se a lei não fixar prazo de homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador. No caso do Estado da Bahia, a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário Estadual) estabeleceu, no art. 107-A que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No mesmo sentido as prescrições do art. 965, do RICMS/97, vigente à época dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

Na realidade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2008) se iniciou em 01/01/2009, com termo final em 31/12/2013.

Considerando que o lançamento foi formalizado em 25/09/2013, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

Convém também pontuar, quanto a esta matéria, que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, inclusive, em decisões mais recentes. Nesse sentido o Acórdão CJF nº. 0009-12/08, cujo voto do eminente relator, representante das classes empresariais, Nelson Antonio Daiha Filho, é reproduzido parcialmente abaixo, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto 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, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autorizado.”

Com relação às decisões judiciais dos tribunais superiores mencionadas na peça defensiva e transcritas no Relatório, constato que as mesmas se encontram em concordância com a tese sustentada pela defesa. A jurisprudência do STJ, por exemplo, é majoritariamente afinada com a

interpretação sustentada na peça impugnatória no tocante à forma de contagem do prazo decadencial, na hipótese em que o contribuinte efetua o lançamento de tributos sujeitos à homologação, a exemplo do ICMS, ainda que o pagamento tenha sido realizado em valor inferior ao efetivamente devido e desde que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação.

Todavia, por força do disposto no art. 167, incisos I e III, aos órgãos administrativos de julgamento foge a competência para:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

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

Somente através da Câmara Superior do CONSEF, via Representação, poderá o ato legal ou o ato administrativo ser retirado do ordenamento jurídico, através do procedimento positivado no art. 168, do mesmo RPAF/99, com o seguinte teor normativo:

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;

II - caberá à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda;

III - o Secretário da Fazenda, ouvida a Procuradoria Geral do Estado, decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.

IV - para atendimento ao disposto no inciso anterior, observar-se-ão os seguintes prazos:

a) 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Geral do Estado emita o devido parecer.

b) 10 (dez) dias, para que o Secretário da Fazenda adote as providências cabíveis;

V - o processo administrativo ficará sobretestado até que ocorra a modificação ou revogação da lei ou do ato normativo em exame ou o despacho denegatório da representação ou proposição

Pelas razões acima expostas, não acolho a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo, em relação ao período de janeiro a setembro do exercício de 2008.

Os demais fatos geradores do Auto de Infração não foram objeto de impugnação. Por sua vez, consta nos autos, às fls. 244 a 253, relatórios emitidos pelo sistema informatizado da SEFAZ-BA (SIGAT), revelando que o contribuinte procedeu ao pagamento de diversas parcelas do Auto de Infração com os benefícios da lei estadual nº 12.903/2013 (REFIS).

Nosso voto é, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, informando inicialmente que aderiu à anistia fiscal estatuída pela Lei Estadual nº 12.903/13, no que tange aos fatos geradores de outubro de 2008 a setembro de 2010, e realizou o pagamento no total de R\$2.650.682,01.

Entretanto, em relação aos demais meses (janeiro a setembro de 2008), suscita a decadência do direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário, pois considera que a contagem do prazo decadencial deve ser feita segundo os termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, uma vez que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Alega que o disposto no artigo 107-B, § 5º, do COTEB, utilizado pela primeira instância para afastar a decadência suscitada, está em total desconformidade com o artigo 173, inciso I, do CTN, recepcionado pela Carta Magna de 1988 como lei complementar, e que, ao sustentar tal aplicação, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Reproduz dispositivos da Constituição Federal, traz à colação o pensamento doutrinário a respeito e diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Argumenta, no que diz respeito aos tributos lançados por homologação (como é o caso do ICMS), que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu as hipóteses em que se deve aplicar uma ou outra regra de contagem do prazo decadencial (arts. 150, § 4º e 173, I, ambos do CTN), da seguinte forma:

1. “não é permitida a aplicação cumulativa dos arts. 150, §4º e 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, afastando-se a tese da decadência decenal criada pela Fazenda Pública”;
2. “o entendimento pacificado da Primeira Seção, já na sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), proferido no REsp 973733/SC em 18/09/2009, é que o parâmetro de contagem do art. 173, inciso I, do CTN (primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo inicial de contagem do prazo decadencial quinquenal) só prevalece nos casos de tributo lançado por homologação quando houver total ausência do pagamento antecipado por parte do contribuinte, isto é, nas hipóteses em que o contribuinte nada (nenhum montante) tenha adiantado a título de pagamento, ou quando tenha comprovadamente havido dolo, fraude ou simulação”;
3. “diferentemente, nos casos dos tributos lançados por homologação em que o pagamento antecipado foi realizado pelo contribuinte, mas apenas foram detectadas diferenças a serem saldadas, prevalece o parâmetro de contagem do art. 150, § 4º, do CTN (data da ocorrência do fato gerador como termo inicial de contagem do prazo decadencial quinquenal)”.

Prossegue aduzindo que “o Superior Tribunal de Justiça, conforme dantes aduzido, assentou entendimento segundo o qual, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado o recolhimento antecipado a menor, não se constatando fraude ou dolo, o prazo decadencial de constituição da diferença do crédito tributário deve ser contado de acordo com o art. 150, §4º, do CTN”.

Resume seu pensamento da seguinte forma:

1. “não há que se cogitar de aplicação das regras de decadência tributária previstas na Lei Estadual nº. 3.956/1981 (CTE), especificamente tratadas nos arts. 107-A e 107-B. É que, conforme sedimentado pelo STF, em sede de ADI, compete à “lei complementar federal (não estadual)”, o estabelecimento de regras atinentes à decadência tributária”;
2. “não há espaço para a aplicação do art. 107-A, I, ou do art. 107-B, §5º, do CTE, haja vista, quanto ao primeiro, ser mera repetição do art. 173, I, do CTN (inaplicável à espécie, conforme STJ), e com relação ao segundo, por prever regra distinta daquela formalizada pelo art. 150, §4º, do CTN, ou em qualquer dispositivo do Código Tributário Nacional”;
3. “o Código Estadual criou regra diversa das existentes, e tendo em vista o decidido pelo STF, no sentido de que somente cabe à lei complementar federal dispor sobre decadência tributária, não poderia, portanto, ser aplicado”;
4. “nem se diga que à Administração Tributária não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 125, I, do CTE), haja vista já ter havido decisão, de cunho vinculante, originário do Supremo, sobre a matéria, motivo pelo qual não se aplica a este caso o dispositivo em questão”;
5. de acordo com “os julgados realizados, exempli gratia, pela Câmara Superior do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, já colacionados na Defesa, o referido órgão colegiado entende pela aplicabilidade do referido dispositivo do CTN”;
6. “para os julgadores do TIT, o art. 150, §4º, seria norma especial que regula as atividades do Fisco quando não ocorreram fraude, simulação ou dolo, por parte do contribuinte. Além disso, o termo inicial se dá com a ocorrência do fato gerador, diferentemente do art. 173, I, no qual o dies a quo liga-se ao primeiro dia do exercício financeiro seguinte”.

Conclui que, “não se verificando a ocorrência dos elementos caracterizadores do ilícito (dolo, fraude ou simulação), deve ser aplicado o art. 150, §4º, do CTN ao caso em tela” e como “foi notificado acerca da lavratura do auto de infração somente em outubro de 2013 (03/10/2013), restam decaídos todos os valores lançados cujo fato gerador ocorreu em momento anterior ao quinquênio inaugurado com a intimação do auto de infração, ou seja, as competências de janeiro a setembro, todas de 2008 (01/2008-09/2008)”.

Finalmente, requer que se declare a “ocorrência da decadência, com relação às competências de 01/2008 a 09/2008, extinguindo-se o crédito tributário, com supedâneo no art. 156, V, do CTN”.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afirmando que a preliminar de decadência deve ser afastada pelas razões seguintes:

1. o Código Tributário Estadual, em seu artigo 107, em conformidade com o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, prevê que o início do prazo decadencial deve ser o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador;
2. como a autuação foi feita em 25/09/13, com a intimação ao sujeito passivo em 2013, a constituição do crédito foi feita no lapso de cinco anos em relação aos fatos geradores do exercício de 2008;
3. “no que toca à invocação da Súmula nº 08 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, é importante esclarecer que a referida súmula declara expressamente a inconstitucionalidade da legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, razão pela qual não é aplicável a tributo de competência estadual”.

Observa que o recorrente não apresentou argumentos ou provas materiais capazes de modificar o lançamento tributário em apreço e que os demais fatos geradores não foram objeto de irresignação.

Registra, ainda, que consta nos autos (fls. 244 a 253) relatórios emitidos pelo sistema informatizado da Secretaria da Fazenda (SIGAT) comprovando que o contribuinte procedeu ao pagamento de diversas parcelas do auto de infração com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

O Conselheiro Daniel Ribeiro Filho propôs que este Colegiado, com fulcro no artigo 168, inciso I, do RPAF/99, submetesse à Câmara Superior proposta de representação ao Secretário da Fazenda para que fossem aplicadas as regras relativas à decadência contidas no Código Tributário Nacional, em vez daquelas previstas no Código Tributário do Estado da Bahia. A proposição foi indeferida por maioria de votos.

VOTO

O contribuinte suscitou, em sua peça recursal, apenas a decadência dos valores lançados cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a setembro de 2008, argumentando que, por ser o ICMS um imposto por homologação, o crédito tributário está sujeito ao prazo estabelecido no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, isto é, cinco anos a contar do fato gerador.

Entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 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 repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“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 não originais)

Além disso, a Lei nº 3.956/81 (COTEB) estabelece, no artigo 107-A, inciso I, que “*O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

Sendo assim, o prazo legal para a constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2008 se esgotaria em 31/12/13. Como este auto de infração foi lavrado em 25/09/13, não se encontravam decaídos os débitos relativos aos fatos geradores apontados na peça recursal.

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no DOU de 20/06/08 – 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.*”

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há de se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante das seguintes razões:

1. a posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. o entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. o despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de “*minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.*”

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão recorrida. Os valores recolhidos pelo contribuinte devem ser homologados pela repartição competente.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vénia irei divergir da Nobre Relatora.

Inicialmente, cumpre asseverar que a tese defensiva se funda no 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;

No que se refere à contagem do prazo decadencial, além de centenas de decisões em todas as esferas, a existência da Súmula Vinculante n. 8 do STF não deixa dúvidas sobre a impossibilidade de se alterar a contagem do prazo decadencial a não ser através de Lei Complementar Federal.

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

Indeferida a proposição, passo à análise do Recurso Voluntário apresentado e a matéria defensiva arguida, 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 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, 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, razão pela qual os créditos lançados referente a fatos geradores ocorridos 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298922.0004/13-7, lavrado contra NC ENERGIA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor R\$3.023.681,76, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo sujeito passivo.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Fernando Antônio Araújo Brito e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva e José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA/VOTO VENCEDOR

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

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