

PROCESSO	- A. I. Nº 281390.0001/13-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S/A.
RECORRIDOS	- BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0220-04/14
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 26/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0151-12/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES A ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE PARA ALIMENTAÇÃO DE SEUS EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO FORNECEDOR. O fornecedor neste caso é contribuinte substituído. Imposto de responsabilidade do destinatário. Pagamento parcial. Apresentação de fatos modificativos do direito alegado pela autoridade fiscal. Infração em parte caracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO DEVIDO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Reconhecimento pelo sujeito passivo. Art. 140, do RPAF/99. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 18/12/2013 para exigir ICMS no valor de R\$ 122.283,26 devido a duas infrações, sendo objeto do Recurso a seguinte:

Infração 01 - 02.04.03 - "Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários". Consta que: "infração incorrida em todos os exercícios fiscalizados". Meses de jan/08 a dez/10. Valor histórico de R\$120.604,29. Multa de 60%.

Infração 02 - 03.02.02 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Consta que houve o uso indevido da alíquota de 12% nas operações de saída interestaduais para clientes na condição de isento. Valor histórico de R\$ 1.678,97. Meses de: jan/09; mar/09; jun/09; ago/09; out/09; nov/09; fev/10; jul/10; set/10; out/10 e dez/10. Multa de 60%.

O autuado defendeu-se às fls. 35/42, tendo o autuante prestado informação fiscal, às fls. 231/233, vindo a 4ª JJF convertido o feito diligência para estabelecer, de forma segura, o *quantum debeatur* da exação como se infere da fl. 248. Em atendimento, o autuante à fl. 251 se manifesta e junta demonstrativos às fls. 252/257, pugnando pela procedência da autuação. Aberta vistas ao autuado, se manifestou às fls. 263/271, seguindo-se a apresentação de nova informação fiscal às fls. 298/301, tendo o autuado, mais uma vez, se manifestado às fls. 312/313, reiterando os argumentos declinados em sua impugnação primeira.

Adiante, a 4ª JJF dirimiu este contencioso administrativo amparada no voto condutor assim exarado, *verbis* :

"Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Logo, não existindo vícios na lavratura do Auto de Infração, muito menos no decorrer da instrução processual, de modo a inquinar de nulidade o lançamento, inclusive, pelo atendimento à diligência desta Junta de

Julgamento, passo à análise do mérito.

Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em julgados do Poder Judiciário, quanto aos valores cobrados relativos ao período de 31/01/2008 a 30/11/2008, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, ainda que este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

Art. 150. ...

[....]

§ 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. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada, para efetivação do lançamento, estabelecido pelo § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, in verbis:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 18/12/2013 (data da lavratura do presente Auto de Infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes ao período de 31/01/2008 a 30/11/2008.

Verifico, ainda, as disposições do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário, e no art. 107-B, §5º, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional - CTN

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; (grifo acrescido).

II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)

[...]

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 107-B. 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.

[...]

§ 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.

No sentido do art. 107-A do COTEB, o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965.

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescido)

II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Neste diapasão, há decisões reiteradas no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF. A exemplo, tem-se excerto do voto do ilustre Relator Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-05/13, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz entendimento a respeito do prazo decadencial, proferido pelo Conselheiro Classista Nelson Antônio Daiha Filho.

"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 Antônio 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 autuado.'

Logo, no caso concreto, não opera o Instituto da Decadência arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, de modo a afastar a aplicação do termo a quo estipulado no art. 150, §4º desse código. Dessarte, rejeito a preliminar de mérito aventada.

O cerne da questão controvertida consiste na Infração 01, diante dos lançamentos tributários relacionados ao pagamento do ICMS diferido previsto no art. 7º, §1º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, de responsabilidade do autuado, com base no art. 504 do RICMS/97, que atribui aplicação de 4% sobre o valor da receita bruta nas operações de saída dos fornecedores NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA – ME, CICMS nº 67.680.539 e KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CICMS nº 43.178.665.

É inescusável os argumentos do impugnante voltados à falta de competência para avaliar a condição do fornecedor NOLLI COZINHA INDUSTRIAL, CNPJ nº 07.708.176/0001-41, não só pela possibilidade de pesquisa junto a SEFAZ/BA, através de consulta prevista no art. 55 do RPAF/99, como também via Internet, mas, sobretudo, diante da tentativa de transferir o risco de sua atividade e o seu dever de cautela para o Poder Público Estadual. Pelo disposto no art. 7º, caput, da Lei nº 7.014/96 c/c o art's. 123, 128 e 136 do CTN, acolho o entendimento do autuante, no sentido de conferir responsabilidade tributária ao impugnante - contratante das empresas acima destacadas - pelo correto recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Registre-se também que consta dos autos documentos fiscais emitidos pelo mencionado fornecedor, nos quais expressam "EMPRESA DE PEQUENO PORTO ESTE DOCUMENTO NÃO GERA CRÉDITO DO ICMS RICMS-BA, ART 403-V", fls. 21, 22, 23, 135, 136, 139, 140, 143, 144, 147, 148, 152, 153, 156, 157, 160, 161, 164, 165, dentre outros documentos acostados, além do

histórico da condição de EPP, fl. 234, cuja apuração do imposto difere daquela submetida ao Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Por outro lado, procede o pleito defensivo a respeito da consideração dos pagamentos sob o Código de Receita 1.006.

No que concerne às operações com o fornecedor KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CNPJ nº 00.917.667/0001-53, os lançamentos tributários carecem de elementos probatórios, ônus da acusação fiscal, quanto ao cumprimento do requisito contido no art. 504, inciso III, do RICMS/97 e, à forma de apuração do ICMS desta empresa. Explico: embora inicialmente conste a informação do autuante acerca da apuração do imposto como conta corrente fiscal do fornecedor, o autuante modifcou seu entendimento.

Acolho a exclusão realizada pelo autuante, por não restar claro, nos autos, se o fornecedor realiza o confronto dos débitos com os créditos das suas operações tributáveis, para pagamento do imposto ou se recolhe o tributo através de percentual sobre a sua receita bruta. Logo, considero improcedentes, no sentido do entendimento do autuante, os lançamentos inerentes a essa infração no período de set/09 a dez/10, ao teor do art. 155, Parágrafo único, do RPAF/99.

Do exposto, a infração 01 está em parte caracterizada, conforme demonstrativo abaixo, com o permissivo constante no art. 127, § 8º, do RPAF/99.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01

MÊS	ICMS diferido APURADO *	PAGAMENTO CÓD. 1.006	ICMS diferido DEVIDO
jan/08	3.659,10	1.229,95	2.429,15
fev/08	3.394,56	1.141,03	2.253,53
mar/08	3.786,78	1.272,86	2.513,92
abr/08	3.812,56	1.281,53	2.531,03
mai/08	3.879,09	1.303,89	2.575,20
jun/08	1.876,95	1.169,40	707,55
jul/08	5.753,72	1.395,54	4.358,18
ago/08	4.121,09	1.385,24	2.735,85
set/08	3.951,82	1.328,34	2.623,48
out/08	4.310,61	1.558,82	2.751,79
nov/08	4.073,82	1.369,35	2.704,47
dez/08	3.154,15	1.136,21	2.017,94
jan/09	3.739,50	1.324,19	2.415,31
fev/09	3.236,37	1.806,39	1.429,98
mar/09	3.628,94	1.327,66	2.301,28
abr/09	3.571,90	1.200,64	2.371,26
mai/09	3.685,25	1.238,74	2.446,51
jun/09	2.966,01	1.166,39	1.799,62
jul/09	4.092,47	1.416,25	2.676,22
ago/09	3.712,45	1.388,44	2.324,01
Total			47.966,28

* Valor diminuído do recolhimento sob o código 1.959.

No que diz respeito à infração 02, com base no art. 140, do RPAF/99, diante do reconhecimento pelo impugnante, considero caracterizado o respectivo ilícito administrativo.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.”

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Intimado dessa Decisão, o sujeito passivo retoma sua defesa em sede recursal ratificando os fundamentos esposados e enfrentados na íntegra pela primeira instância. Inicia por sintetizar a lide, ressaltando que a fiscalização lavrou o Auto de Infração em pauta em dezembro/2014, exigindo ICMS diferido sobre entradas de refeições para consumo de seus funcionários referente aos anos de 2008, 2009 e 2010 (Infração 01), e diferença de ICMS incidente em saídas para empresas isentas (Infração 02).

Afirma que centrou sua impugnação apenas contra a Infração 01, nestes termos:

- i. pagou ICMS integralmente no período de setembro/2009 a dezembro/2010, vez que aplicável, neste interregno, a alíquota reduzida de 4% prevista nos arts. 343, XVIII e 504 do RICMS/97, e não a de 17% sobre a base de cálculo reduzida em 30%, como calculou o autuante;
- ii. o pagamento das obrigações tributárias atinentes ao período de janeiro/2008 a agosto/2009 foi feito estritamente conforme informação prestada pelo fornecedor/contribuinte (alíquota

- reduzida de 4%), não podendo o recorrente ser responsabilizada por eventual erro de terceiro;
- iii. as exações referentes ao período de janeiro a novembro de 2008 já foram extintas em razão da decadência, por haverem sido constatados pagamentos parciais e decorrido mais de 05 (cinco) anos desde o fato gerador, consoante disciplina do art. 150, §4º do CTN.

Aduz que autuante anuiu parcialmente, tendo a JJF excluído os lançamentos referentes ao período de setembro/2009 a dezembro/2010 e deduziu alguns pagamentos por si efetuados.

Pontua acerca da decadência, e que a JJF entendeu que não seria aplicável a contagem de prazo disposta pelo CTN – de acordo com a qual de fato haveria decaído o direito ao lançamento –, mas sim o art. 107-A do COTEB, que estabelece o início do prazo apenas decadencial apenas no primeiro dia útil seguinte ao exercício em que poderia ter sido feito o lançamento e que, conforme esta posição, “*a norma especial, contida no código baiano, afastaria a incidência da norma genérica prevista no CTN, concluindo que no dia 18/12/2013 (data da lavratura do presente Auto de Infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes ao período de 31/01/2008 a 30/11/2008*”.

No que tange à culpa exclusiva do fornecedor/contribuinte, que apôs informações equivocadas na NF, considerou inescusável o seu argumento quanto à falta de competência para avaliar a condição do fornecedor junto à SEFAZ, já que tanto poderia fazê-lo através da consulta prevista no art. 55 do RPAF/99, como pela Internet.

Destaca que a Decisão em apreço não merece ser mantida quanto a esses dois pontos (decadência e informações equivocadas prestadas pelo fornecedor/contribuinte).

Adentra no mérito, alegando que, em que pese o entendimento dos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, no sentido de que o recorrente detém competência e meios para fiscalizar a situação cadastral de suas fornecedoras, este não merece prosperar.

É que, como diz, atualmente é possível fiscalizar a situação de suas fornecedoras no site eletrônico www.sefaz.ba.gov.br, o que antes não era possível à época em que as mercadorias foram fornecidas – e o ICMS, pago.

Entende que as facilidades eletrônicas de consulta e pesquisa hoje disponibilizadas aos contribuintes, não estiveram sempre disponíveis, e vem sendo acrescentadas ao longo do tempo pelo sujeito ativo da obrigação tributária.

Prossegue aduzindo que o fornecimento dos meios para verificação de situação cadastral dos contribuintes é de competência do ente público ou a quem ele delegar esta obrigação, não cabendo imputar tal dever ao contribuinte, sem que lhes sejam fornecidas as condições para o cumprimento desta tarefa.

Que não detém e, principalmente, não detinha meios para fiscalizar TODOS os seus fornecedores em qualquer departamento, suas situações fiscais e os regimes aos quais adere, sendo desproporcional exigir dela tal providência.

E que, se o fornecedor e contribuinte do ICMS apôs informação equivocada na NF sobre seu próprio regime fiscal, não é equitativo lhe punir, que fez o recolhimento do ICMS nos estritos termos em que foi orientada por documentação fiscal emitida pelo próprio contribuinte.

Ou seja, como frisa, que não pode ser punida pela prestação de informações equivocadas por suas fornecedoras em NF's, descabendo o lançamento de ICMS quantificado de modo diverso daquele prescrito pelo art. 343, XVIII do RICMS/97.

Pede a reforma d julgado recorrido no sentido de afastar o pagamento do imposto considerado como devido no período de jan/08 a ago/09.

Argui, adiante, a decadência do ICMS referente às competências de janeiro a novembro de 2008,

e que, ao contrário da posição da 4ª JJF, tal matéria não pode ser tratada por legislação estadual, mas por Lei complementar federal por força da regra do art. 146, III, "b" da Constituição, digredindo que o CTN, de 1966, dispunha sobre a possibilidade da legislação em geral (ordinária, estadual, municipal) tratar de prescrição e decadência tributárias, o que, todavia, não foi recepcionado pela Lei Magna de 1988, que ao reverso disto, impôs que essa matéria seja disciplinada pela a complementar federal, entendimento este que tem abrigo na jurisprudência pátria, uníssona, além do que os arts. 28, 107-A e 107-B, §5º do COTEB não mais estão vigendo revogado que foram pela Lei 13.199/2014.

Arremata que o imposto cujo lançamento de dá por homologação, e em havendo pagamento a menor do imposto, a regra a ser aplicada é a do art. 150, §4º do CTN, e assim sendo tendo sido sua ciência quanto a este Auto de Infração em 26/12/2013, é dizer que todas as obrigações tributárias cujos períodos de apuração são anteriores a 26/12/2008 foram tragados pela decadência.

Neste sentido, requer a reforma do acórdão para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração em relação aos lançamentos atinentes aos períodos de apuração de 31/01/2008, 29/02/2008, 31/03/2008, 30/04/2008, 31/05/2008, 30/06/2008, 31/07/2008, 31/08/2008, 30/09/2008, 31/10/2008 e 30/11/2008, em razão da decadência do direito do Fisco de constituir dados créditos.

Por fim, requer ainda da Segunda Instância que:

1. declare a improcedência da Infração 01, vez que realizou os pagamentos do ICMS em valor compatível com informação prestada pelo fornecedor/contribuinte na Nota Fiscal (adoção do regime do art. 343, XVIII do RICMS – alíquota reduzida de 4%), não podendo ser penalizada pelo equívoco deste e em razão de não estar disponível à época, o meio de verificação atualmente oferecido pela Autuante, em seu sítio eletrônico;
2. exclua da autuação os valores de ICMS lançados atinentes às competências de janeiro a novembro/2008, por força da decadência, TENDO EM VISTA INCLUSIVE A REVOCAGÃO DO ART. 107-A DO COTEB, apontado pelo acórdão recorrido como fundamento da Decisão relativa a decadência.
3. seja notificado o autuante que considerou como Recorrido, para, se o quiser, se manifestar acerca do seu apelo .

A PGE/PROFIS opinou às fls. 370/372 considerando presentes os requisitos do art. 39 do RPAF-BA; afastou a decadência perseguida pelo autuado quanto aos meses de janeiro a novembro de 2008 por entender que a revogação do art. 107 do COTEB não tem efeito retroativo, inaplicando-se ao caso presente. No mérito, comungou do mesmo entendimento esposado pela JJF.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Examinado o PAF constato estarem presentes os requisitos previstos no art. 39 do RPAF-BA tendo sido respeitado o devido processo legal. Não há vício a inquinar o lançamento tributário sob análise.

Como visto do relato supra, em sua peça recursal, o sujeito passivo invocou prejudicial de mérito - decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário – relativamente ao período de janeiro a novembro de 2008, pois, como ali expandido, a JJF anuiu aos termos do Parecer da PGE/PROFIS, por considerar que a regra a ser aplicada é a do art. 173, I, do CTN, ou seja, a contagem deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao daquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Discordo dessa posição decisória, eis que as disposições legais a serem aplicadas são as do art. 150, § 4º c/c art. 156, V do CTN.

É que, no âmbito do Poder Judiciário, no topo da esfera judicante, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 8, decidiu que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, o que afasta, por via de consequência, a aplicação do COTEB por adentrar na esfera de reserva legal de Lei Complementar à luz da Carta Política de

1988, que no seu art. 146, III, “b” preconiza que :

“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”.

O STJ harmonizando-se, pacificou a mesma posição no sentido de que ao sujeito passivo cabe antecipar o pagamento nos lançamentos por homologação, sem prévio exame da autoridade administrativa, hipótese que atrai a regra do art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Explicitando melhor, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, mas sem pagamento, mesmo que parcial, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, a contagem deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao daquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Inversamente, em ocorrendo o pagamento antecipado, mesmo que parcial, o prazo decadencial para o lançamento é de cinco anos a contar do fato gerador consoante a disposição do § 4º, do art. 150, do CTN, como se sucedeu no caso presente.

Constata-se, portanto, que a aplicação do art. 173, I do CTN vincula-se a duas hipóteses : a primeira é quando o contribuinte não houver antecipado o pagamento do tributo e a segunda concerne aos casos de dolo, simulação ou fraude. Somente nestas hipóteses, o que não é o caso dos autos, é que a contagem do prazo decadencial tem início a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele que o lançamento poderia ser realizado.

Cabe a ressalva, no ensejo, que a norma prescrita no art. 150, § 4º é regra especial face a do art. 173, I ambas do CTN. É que aquela regra – e não esta - aplica-se exclusivamente aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa fiscal. Logo, em vigendo regra especial, esta prefere à geral, como preceitua a LICC.

E não foi por outra razão que STJ assim se manifesta reiteradamente:

“(...) 4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turma de Direito Público da Primeira Sessão “. (STJ, segunda turma, AGRG no Ag 993714/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon).

“(...) 5. A decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação quando ocorre pagamento antecipado, inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º do art.150, do código tributário segundo o qual, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (...). “ (STJ AgRg no REsp nº 1.016.145-RS- 2007/0299894-2), Rel. Min. Luiz Fux, 1 a Seção, J. em 15/10/2009, CJ de 05/11/2009).

O Tribunal do Justiça do Estado da Bahia, em harmonia, firmou posição na mesma direção, como se infere da Apelação nº 2007-4/2007 (órgão julgador : 5ª Câmara Cível . Relator : Antônio Roberto Gonçalves. Data do Julgamento :25/09/2007), e decidiu que :

EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO .PAGAMENTO A MENOR . DECADÊNCIA DE DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DE CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR (ART. 150, § 4º DO CTN). PRECEDENTE DO STJ. (...) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

Exposto isto, concluo que os pagamentos efetuados foram tacitamente homologados a lume do art. 150, § 4, do CTN, operando a decadência e a extinção respectiva do crédito tributário.

Vencida, adentro no exame da Infração 01 relativa aos lançamentos tributários relacionados ao

pagamento do ICMS diferido previsto no art. 7º, §1º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, de responsabilidade do autuado, com base no art. 504 do RICMS/97, que atribui aplicação de 4% sobre o valor da receita bruta nas operações de saída de dois fornecedores NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA – ME, CICMS nº 67.680.539 e KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CICMS nº 43.178.665.

Em relação ao primeiro fornecedor, NOLLI COZINHA INDUSTRIAL LTDA – ME, CICMS nº 67.680.539 o lançamento tributário foi mantido pela JJF sobre o que versa o Recurso Voluntário.

É que em sua defesa, o contribuinte alegou que falta-lhe competência para avaliar a condição do seu fornecedor (NOLLI COZINHA INDUSTRIAL, CNPJ nº 07.708.176/0001-41), o que foi rechaçado na Decisão recorrida e assim o foi por considerar que havia a possibilidade de pesquisa junto a SEFAZ/BA, através de consulta como previsto no art. 55 do RPAF/99.

Essa avaliação, como entenderam os Julgadores de base, caberia ter sido feita também pela Internet, por ser seu o risco de sua atividade – e não do Fisco -, à luz do art. 7º, caput, da Lei nº 7.014/96 c/c o arts. 123, 128 e 136 do CTN, que lhe atribui a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, por não ter sido recolhido integral e corretamente.

De se atentar que o Relator de primeiro grau fez menção ao fato de que nos autos constam documentos fiscais emitidos por esta ressalva de se tratar de "*EMPRESA DE PEQUENO PORTE ESTE DOCUMENTO NÃO GERA CRÉDITO DO ICMS RICMS-BA, ART 403-V*", fls. 21, 22, 23, 135, 136, 139, 140, 143, 144, 147, 148, 152, 153, 156, 157, 160, 161, 164, 165, dentre outros documentos acostados, e que o histórico da condição de EPP, fl. 234, evidencia que o regime de apuração do ICMS imposto difere daquele submetido ao Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, tendo sido, contudo, considerado pertinente o argumento de que os pagamentos foram efetuados sob o Código de Receita 1.006.

Logo, por estes fundamentos, confirmo a subsistência parcial da infração 1.

Quanto ao que foi desonerado, ou seja, quanto ao fornecedor KITI COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA – ME, CNPJ nº 00.917.667/0001-53, como consta na Decisão guerreada, os lançamentos tributários por lhe faltarem prova suficiente, o que conduziu o próprio autuante, em controle de legalidade, a excluí-los relativamente ao período de set/09 a dez/10, como também, como verifico, excluiu alguns lançamentos do período anterior, embora não tenham sido mencionados no voto da JJF, mas constantes dos demonstrativos revisionais. Nada a reformar.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Decadência)

Divirjo, com a devida *vénia*, do entendimento firmado pela nobre Relatora com relação a declaração de decadência do direito de constituir o crédito tributário, relativamente ao as operações ocorridas entre 01/01/2008 a 31/12/2008, pois observo que o artigo 173, inciso I, do CTN, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado enquanto o artigo 150, § 4º prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, o prazo é de cinco anos.

Mantendo o entendimento já reiterado por parte deste Conselho de Fazenda, previsto 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 'simulação.'

Assim, os fatos geradores ocorridos de 01/01/2008 a 31/12/2008 só seriam atingidos pela decadência caso o lançamento fosse efetuado a partir de 2014, contando daí o prazo decadencial. Como o Auto de Infração epigrafado foi lavrado em 18/12/2013 e ciência ocorreu no dia 26/12/2013, está dentro do prazo de constituição do crédito tributário, não se tendo esgotado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

Ante o exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da preliminar de decadência e, no mérito, acompanho o voto da ilustre relatora pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade em relação ao mérito, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281390.0001/13-9, lavrado contra BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$49.645,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros: Maurício Souza Passos, Paulo Danilo Reis Lopes e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, Daniel Ribeiro Silva e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS