

PROCESSO - A. I. Nº 094858.0005/12-9
RECORRENTE - AMBIENTE MÓVEIS LTDA. (AMBIENTE) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0236-05/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0186-12/15

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Reduzido o valor exigido, com notas fiscais colhidas pelo autuante, relacionadas às operações constantes no relatório TEF. e Infração caracterizada parcialmente. Não acolhida a preliminar de decadência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Consta dos autos apelo do contribuinte a esta CJF devido ao Auto de Infração, lavrado em 10/09/2012 para exigir ICMS no valor de R\$41.656,38, acrescido da multa de 70%, ter sido julgado parcialmente procedente, sendo objeto da insurgência recursal a infração de falta de recolhimento, no(s) prazo(s) regulamentar(es), do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios”.

Inconformado, o sujeito passivo defendeu-se às fls. 42 à 45 , vindo, após, o autuante para prestar informações fiscais às fls. 66 e 67 , seguindo o PAF, instruído, para a 5ª JJF, que dirimiu a lide sob os seguintes fundamentos :

“O presente Auto de Infração contempla a exigência de ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, respaldado na legislação fiscal, ou seja, no art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, que assim dispõe:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (grifo não original).

O autuante intimou a empresa e seus sócios por AR, já que o cadastro da SEFAZ a situação é de inapta. Porém, apenas um sócio foi notificado, conforme documento à fl. 21. Não sendo atendido para apresentar os

documentos constes da intimação foi então publicado edital de intimação no DOE, conforme publicação em 25/07/2012, doc. Fl. 22, sendo que, mais uma vez, a fiscalização não foi atendida.

Ressalto, ainda, que o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF diárias (fls. 38 e 39 (AR, de 11.10.2012) cabendo observar que a procuração constante à fl. 46, concede poderes para receber as intimações e notificações, o que além de não invalidar a alegada "intimação de fls. 68", não existindo nenhum óbice em observar o pedido para que as intimações sejam encaminhadas para o endereço do advogado cadastrado nos autos. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Foi constatado pela fiscalização pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o ônus da prova passa a ser do autuado que deveria comprovar a improcedência da presunção fiscal, indicando, inclusive as notas ou cupons fiscais que coincide em valor e da com as operações individualizadas constantes no relatório TEF, entregue ao autuado, não cabendo a alegação de que não houve comparação das notas fiscais com o relatório TEF, pois o autuado foi intimado, conforme conta à fl. 22, Edital de Intimação 021/2012, e não apresentou as mesmas antes da autuação, não cabendo, portanto, aproveitamento da Decisão da Câmara n. 0420-12/11, à fl. 44, pois, ainda que tivesse a Redução Z, contendo as vendas através de Cartão, caberia ao autuado trazê-los aos autos, como prova necessária para elidir ou reduzir a exigência.

Após a apresentação da defesa, na informação fiscal, o autuante utilizou as notas fiscais obtidas quando o autuado anexou em outro AI n. 299161072/08-02, conforme já relatado na informação fiscal, e com base nesses documentos fiscais, ajustou os valores exigidos para R\$41.237,08, conforme demonstrativo à fl. 84, ou seja, com base nos documentos às fls. 80 a 101 dos autos, deduziu os documentos fiscais que tinham relação com data e valor com as operações TEF. Foi dada ciência ao autuado, às fls. 105 e 106, com cópia às fl. 66 a 101 dos autos.

Cabe destaque ao fato de que essa 5ª JJF, diante das arguições defensivas, na assentada do julgamento, resolveu encaminhar o PAF à INFAZ de origem, para que fosse cientificado, mais uma vez, o autuado da informação fiscal e demais documentos por ela gerados, acima aludidos, além de reaberto o prazo de 30 (trinta dias) para que possa se manifestar nos autos, se assim entender necessário, uma vez que as notas fiscais anexadas, bem como novas planilhas de cálculos, resultaram na redução do valor exigido.

Como visto, não há entre os argumentos trazidos pelo impugnante qualquer ilegalidade em relação a presente exigência tributária, muito menos relacionada ao método de apuração do imposto devido, que tem sua previsão legal no art. 4º. §4º da Lei 7014/96, ou mesmo elementos que iniquem em nulidade o Auto de Infração.

Quanto à alegação de decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos ate o dia 09/10/2007, visto que a intimação do autuado foi em 09/10/2012, verifico que essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJP nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

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

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

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

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2013 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2012, não havendo, portanto, a perda do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2007.

Cabe ainda lembrar que, no que tange a nulidade do lançamento anterior, que foi em razão de vício formal, cabe aplicação do art. 173, II do CTN, conforme segue:

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

...

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

anteriormente efetuado.

Portanto, entendo que resta caracterizada parcialmente a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, contudo os valores foram reduzidos com a inclusão de novos documentos fiscais relativas às operações do Relatório TEF.

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, colacionadas pelo contribuinte e pelos autuantes, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, cabendo identidade e ratificação, naquilo que coincide, 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.

Como o impugnante não elidiu integralmente a presunção em comento e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), cabe a manutenção parcial da exigência, com a redução de seu valor para R\$41.237,08, conforme demonstrativo à fl. 84.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como supra relatado, o autuado, retomou sua defesa no âmbito recursal, para argüir, em suma:

- I. preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores;
- II. cerceamento de defesa já que a JJF não enfrentou toda a matéria posta controvertida, qual seja, a ausência de “notas fiscais com operações casadas “ ;
- III. que o roteiro de auditoria utilizado está em descompasso com o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, posto que o demonstrativo sintético de fl. 06 não evidencia o método comparativo previsto em lei, isto é, ECF X TEF, o que demanda outro roteiro;
- IV. reitera seu entendimento de que o roteiro a ser aplicado para obter os valores das operações por si declaradas para confronto com as informações das administradoras de cartão de crédito/débito, não poderia ser o comparativo, já que não há o que se comparar, além do que inexistente obrigação legal de se apontar as notas fiscais, o meio do pagamento, o que esvazia por si mesmo o roteiro adotado;
- V. que o exercício de dedução lógica e legal, que deveria ser aplicado outra metodologia, incluindo o arbitramento da base de cálculo.
- VI. Reproduz a seguinte ementa :

*“2ª Câmara de Julgamento Fiscal
Acórdão CJF nº 0420-12/11*

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. O roteiro de auditoria fiscal foi desenvolvido em desacordo com os procedimentos previstos. Não houve o cotejamento das operações informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos emissores de cupons fiscais. Há falta de segurança na determinação da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da infração, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”

- VII. Invoca a decadência dos fatos geradores supostos, presumidos, que teriam ocorrido até o dia 09/10/2007, considerando, como alega, que sua intimação foi 09/10/2012, já decorridos mais de 5 anos das ocorrências presumidas. Invoca também aplicação analógica, inclusive para fins de análise da legislação Estadual, da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, ao que o e. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia curvou-se, sendo a mesma posição a do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

- VIII. Destaca que é descabido a aplicação do art. 107-A do COTEB, posto que os citados atos preparatórios citados pela JJF não tiveram o condão de interromper o prazo decadencial, mas sim de “ eternizar” a possibilidade de autuação por qualquer período, bastaria iniciar uma ação fiscal.
- IX. Cita o art. 173, II do CTN eis que não houve erro de forma mas sim quanto ao meio de apuração, não sendo possível confundir tais vícios e que preliminares de mérito não podem ser tidas como erros materiais sob pena de “ eternização “.
- X. Requer, por fim, a NULIDADE ou que seja declarada a decadência.

A PGE/PROFIS proferiu seu Parecer da lavra da i. Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, que após sintetizar o lançamento tributário sob discussão, concluiu que não há vício algum de nulidade a ser decretado.

Quanto à decadência, fez digressão acerca da matéria, opinando, por derradeiro, que não está decaído o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário, sendo certo que correto se apresenta a metodologia de auditoria e que o sujeito passivo não produziu prova alguma para elidir a presunção legal à luz do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96. Entende que Recurso do contribuinte deve ser improvido.

VOTO VENCIDO

O Auto de Infração em lide lavrado em 10/09/2012 exige ICMS no valor de R\$41.656,38, acrescido da multa de 70%, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 30/06/2007, tendo o julgamento pela instância de base pela procedência parcial da acusação fiscal : falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS relativo às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios.

Preambularmente, devo rejeitar a preliminar de nulidade por constatar que todas as formalidades legais exigidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 -RPAF-BA - foram respeitadas, inclusive o direito ao exercício da ampla defesa, seja quanto à regularidade das notificações, seja quanto ao demonstrativo do débito exigido, tendo sido apresentadas pelo Fisco, as cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, de modo a conferir a certeza e liquidez ao *quantum debeatur*, inclusive em sede de revisão fiscal quando foram exibidos ao autuado novas planilhas.

Fundamento mais. É que o sujeito passivo está a alegar que há falta de segurança na determinação da infração e do montante devido, o que estaria por acarretar a nulidade respectiva a teor do disposto no art. 18, IV, "a", do RPAF.

É sabido que a exigência do imposto nesta infração tem esteio § 4º, do artigo 4º, da Lei 7.014/96, que prevê o fato da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações oriundas das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito / débito, como presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, ressalvada ao autuado a elisão desta presunção legal com a prova correspondente.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (grifo não original).

Presunção, por conseguinte, *júris tantum* por admitir prova em contrário. Ocorre que, foi constatado pagamento em cartão de crédito / débito em valor inferior àquele fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sem se pode perder de vista, que o sujeito passivo foi intimado regularmente tanto quando da lavratura do AI com os demonstrativos que o instruem, como na oportunidade da revisão fiscal, tendo, contudo, quedado-se inerte, em

que pese sobre si recair o ônus da prova para fins de comprovação da impertinência da presunção fiscal.

O sujeito passivo haveria, ao meu ver, de se insurgir, substancialmente, apresentando demonstrativo analítico em contraposição ao lhe foi apresentado pelo Fisco – em duas oportunidades - com indicação das notas e/ou cupons fiscais coincidentes com o valor com aqueles das operações do relatório TEF.

Logo, analisados os papéis de trabalho da fiscalização, infiro que o autuante utilizou as notas fiscais juntadas no AI nº 299161072/08-02, e com base nesses documentos fiscais, procedeu à revisão fiscal reduzindo o montante da exação para R\$41.237,08 (Demonstrativo de fl. 84).

Noutras palavras, conforme se verifica das peças de fls. 80 a 101, houve a dedução e mantidos os valores relacionados com data e valor com as operações TEF, do que o autuado foi cientificado (fls. 105 e 106).

Isto porque, como devo pontuar, a 5ª JJF, em face das insurgências defensivas, converteu o PAF em diligência à INFAZ de origem, justamente, para reabrir trintídio ao autuado para, ciente, se manifestar se o quisesse, ante à juntada pelo autuante de notas fiscais como novas planilhas de cálculos, com redução do débito. Entretanto, não houve, pela defesa, debate algum, e nem insurgência, sendo veraz, por consequência lógica, afirmar que as garantias do contraditório e d ampla defesa foram respeitadas na íntegra.

A par disto, como há de ser destacado, o pleito recursal se restringe à declaração de nulidade do AI e, sucessivamente, a decadência, inexistindo pleito quanto ao mérito e sua improcedência.

Atenta à matéria trazida ao crivo desta CJF, do exame do PAF, concluo que dúvida não remanesce quanto à caracterização da imputação fiscal, ainda que parcialmente, pois a auditoria sobre as declarações de vendas foi confirmada, ainda que apenas em parte, com as exclusões dos valores indevidos feitas quando da revisão fiscal .

Constato, ademais, que embora o recorrente tenha alegado, sem razão, que o roteiro de auditoria foi incompatível com o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, por não evidenciar, o demonstrativo de fl.06, como foi efetivado o método comparativo, ou seja, dos valores do *ECF x valores do TEF* a prover a segurança e certeza acerca do *quantum debeatur* e que não poderia ser aplicado, no caso em tela, esse método comparativo, pois nada haveria para comparar, e que não há obrigação legal de se trazer a lume as notas fiscais e o meio do pagamento respectivo.

Neste passo, devo aclarar que o Acórdão CJF nº 0420-12/11, por ele citado como paradigma, em socorro de suas insurgências, é justamente contrário às suas alegações, posto que a nulidade ali decretada pela falta de liquidez e certeza o foi por não ter havido o cotejamento das operações informadas pelas administradoras de cartão com as "reduções Z" dos emissores de cupons fiscais, quando, no caso presente, foi aplicado pelo autuante justamente o método comparativo.

Disto conclui-se que essa alegação é contraditória, eis que houve o comparativo entre valores do *ECF X valores do TEF* sobre o que, repise-se, não houve impugnação específica e pontual.

Assim sendo, diante da negativa do autuado de produzir contra-prova, é verdadeiro afirmar que não apresentou nenhum demonstrativo em contraposição, se tratando de alegações periféricas, genéricas e não específicas, cuja conclusão é de que, como não se desincumbiu do ônus de elidir a presunção de veracidade (§ 4º do art. 4º da Lei 7.014/96), resta configurada a hipótese do art. 142, do RPAF/99.

Desse contexto, portanto, friso mais, que a bem da verdade, não há elementos que inquinem de nulidade o Auto de Infração a teor do art. 18, IV, "a", do RPAF. Confirmo a Decisão guerreada para manter a exação de R\$41.237,08 nos moldes do demonstrativo à fl. 84.

Passo a enfrentar a prejudicial de mérito quanto à decadência relativa aos fatos geradores ocorridos até 09/10/2007, a considerar que a intimação do sujeito passivo, como alega, foi em 09/10/2012, constando dos autos o edital de fls. 22, datado de 25/07/12.

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

E que nessa esteira, o Estado da Bahia através da sua legislação, estabelece prazo à homologação do lançamento, motivo pelo qual, segundo entendeu a JJF, não foi aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, mas sim o art. 107-A, I do COTEB, considerando, assim, à luz do art. 173, I do CTN, como prazo de decadência como sendo 05 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo, como exposto na Decisão vergastada, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, teriam sido atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2013, pois as medidas preparatórias para o lançamento, e ciência do Auto de Infração se efetivaram no curso de 2012, considerando, também, como entenderam, que a nulidade do lançamento anterior decorreu de vício formal, o que reforça a aplicação do art. 173, II do CTN, a saber : *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

No presente caso, como sustenta a defesa, o prazo decadencial não teve por termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, mas sim no último dia dos meses de janeiro a junho de 2007, tendo sido a notificação se efetivado quando já decorrido mais de cinco anos desde a data dos fatos geradores.

Com efeito, o art. 173 do CTN dispõe que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados: I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II – da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Nesta senda, devo externar meu entendimento de que já havia operado a decadência dos fatos geradores presumidos até 09/10/2007, motivo pelo qual acolho a prejudicial de decadência aplicando o inciso I do art. 173 c/c art. 149 e seu parágrafo único, ambos do CTN considerando que a intimação do sujeito passivo, como supra aduzido, ocorreu quando já ultrapassado o quinquênio das ocorrências presumidas, posição decisória esta que firmo na esteira da Súmula Vinculante, como da jurisprudência pacificado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao que o e. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já de muito curvou-se, harmonizando-se.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Divirjo parcialmente do entendimento esposado no Voto da ilustre relatora, pois não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “*a quo*”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, “*in verbis*”.

"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; 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".

Relativamente à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que decadência é instituto de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS ocorridos antes da vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º,

inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, publicado no DJU de 10/11/2003).

A PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento equivalente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **094858.0005/12-9**, lavrado contra **AMBIENTE MÓVEIS LTDA. (AMBIENTE) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.237,08**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA/VOTO VENCIDO

PAULO DANILLO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR–REPR. DA PGE/PROFIS