

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0019/14-2
RECORRENTE - C&A MODAS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0009-05/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0247-12/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE (CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO PARA CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO), COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Amparado conforme o artigo 13º, §4º da Lei Complementar nº 87/96, pois os incisos I e II desta Lei, mediante a equiparação real dos preços de aquisição de mercadorias ou do custo fabril, mediante expurgos dos valores do ICMS, PIS/COFINS ou quaisquer outros impostos ou contribuições recuperáveis. Não faria qualquer sentido o legislador atribuir um critério justo para as transferências da indústria e um injusto para o comércio atacadista. Assim, está dentro do âmbito de competência deste Conselho de Fazenda afastar a aplicação multa, prevalecendo o entendimento da Instrução Normativa nº 52/13, estando de acordo com a aplicação do art. 106, I do CTN, no sentido de afastar a aplicação da multa em razão de os fatos geradores serem anteriores à edição do referido dispositivo. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a prejudicial de decadência. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator quanto à exclusão da multa. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 5ª JJF Nº 0009-05/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 29/07/2014 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 189.487,83, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida de crédito nas operações interestaduais de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, com base de cálculo fixada no Estado de origem, superior à estabelecida na Lei Complementar 87/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 13/01/2015 (fls. 160 a 174) e decidiu pela procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Constato que o trabalho fiscal têm amparo fático e jurídico, visto que os autuantes expuseram, no corpo do Auto de Infração, com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descrevem as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos, demonstrativos e relatórios respectivos, bem como seus dados e cálculos, cuja imputação está de acordo com a Lei Complementar nº 87/96; com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Portanto, todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte

autuado.

Assim, o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e documentos, que permitiram a ampla defesa e o contraditório.

No que tange a preliminar de decadência dos fatos geradores anteriores a 29/09/2009, verifico que não assiste razão ao defendente, senão vejamos.

A discussão reside pois na possibilidade de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao citado período, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que se estabelece, por conseguinte, não diz respeito à matéria das exigências naquele período. Instaura-se em questionamento jurídico, quer seja, se houve ou não o lançamento válido pelo Fisco, diante da regra de caducidade do direito de o Fisco de constituir o crédito tributário.

Consoante o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "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".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

Ressalto que a homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária, o que não ocorreu no período objeto da autuação, haja vista, a ocorrência de apropriação de créditos fiscais de ICMS a mais que a prevista na legislação, acarretando o recolhimento a menos do ICMS devido mensalmente.

Portanto, no presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/07/2014, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2009, findando-se em 31/12/2014, não ocorrendo a alegada decadência.

Quanto ao pedido de diligência, formulado pelo autuado, o rejeito, porque já se encontram no processo todos os elementos para minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99. Ademais, o pedido de diligência do sujeito passivo foi para refazimento do levantamento fiscal, cuja sua intenção foi no sentido de que fossem inseridos os custos que entende figurar no cálculo, e que foram expurgados no trabalho fiscal, os quais, serão apreciados sua pertinência por ocasião da análise do mérito.

Relativamente ao pedido do sujeito passivo para que todas as notificações e intimações relativas ao presente feito sejam feitas em nome do seu patrono, FRANCISCO NOGUEIRA DE LIMA NETO, OAB/SP nº 143.480, com domicílio profissional na Av. Paulista, 1842 - Ed. Cetenco Plaza, Torre Norte, 2º andar, CEP 01210-923, São Paulo/SP, não existe óbice para tal pleito, desde que obedecido o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Sobre a juntada posterior de documentos requerida na peça defensiva, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, in verbis: § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, o que não ocorreu no presente processo.

No mérito, trata o presente processo de exigência de ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, nos exercícios de 2009 a 2010, em função de operações interestaduais de transferências de mercadorias com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem em montante superior àquele estabelecido em lei complementar.

Verifico que consta na Descrição Fatos do Auto de Infração, fls.02 a 07, que para a realização da auditoria que ensejou a conclusão fiscal foi utilizado como parâmetro para a definição da base de cálculo o valor mais recente da entrada da mercadoria na forma prevista no artigo 13, § 4º, I, da Lei Complementar nº 87/96.

Cumpre registrar que o sujeito passivo em momento algum nega a realização das operações através das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal envolvendo produtos industrializados em outras unidades da

Federação, ou seja, que recebeu em transferência de outros estabelecimentos as mercadorias para comercialização neste Estado, nem tampouco apontou erro nos números constantes no levantamento fiscal.

Portanto, o trabalho fiscal foi realizado apurando a base de cálculo de acordo com a prescrição contida no art.13, § 4º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece que nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, deve corresponder ao valor correspondente à entrada mais recente de mercadoria.

Deste modo, a discussão reside em se determinar qual a base de cálculo correta a ser utilizada nas transferências das mercadorias de outros estabelecimentos para o estabelecimento autuado localizado neste Estado.

A base impositiva constitui aspecto fundamental da estrutura de qualquer tipo tributário, por conter a dimensão da obrigação, quantificando o objeto da imposição fiscal. Relativamente às operações com mercadorias, aplicáveis são as regras da LC 87/96, tendo em vista que a própria CF/88 estabelece que cabe à lei complementar fixar a base de cálculo e estabelecer normas gerais concernentes aos fatos geradores e aos contribuintes, conforme se verifica em seus artigos 155, § 2º, inciso XII, alínea “i”, e 146, inciso III, alínea “a”.

Assim sendo, as regras para o estabelecimento da base de cálculo do ICMS, devem ser buscadas a partir do texto constitucional. Este remete para a Lei Complementar, que traça as linhas gerais, compatibilizadas pelas diversas leis estaduais, em estrita obediência à unidade e à coerência do ordenamento jurídico nacional. A base de cálculo das operações de saídas de mercadorias por transferências está disposta no art. 13, § 4º, da LC 87/96, cujo teor é reproduzido no Estado da Bahia através do art. 17, § 8º, inciso II da Lei nº. 7.014/96.

"Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é;

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente".

Desta forma, considerando que nas operações interestaduais de transferências a definição da base de cálculo é matéria reservada à Lei Complementar, a mesma não pode ser modificada por nenhuma lei ou norma estadual. Permitido fosse a cada estado interpretar a LC 87/96 de acordo com os seus interesses, importaria em insegurança jurídica, além de implicar em prejuízo ao pacto federativo.

No caso em comento, por se tratar de transferências entre filiais para o estabelecimento autuado, o legislador complementar definiu claramente a base de cálculo nas transferências interestaduais como sendo “o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”. Não foi dada liberdade ao intérprete para adotar conceito diverso ou para integrar o texto de modo a completar-lhe o sentido. O valor ao qual faz referência o legislador é exatamente o valor do custo da mercadoria referente à entrada mais recente. Também não podem ser feitas alterações, em atenção ao regramento da hierarquia presente em nosso ordenamento jurídico, mediante a imposição de decretos ou mesmo normas ditas complementares, citadas pelo autuado.

Assim, nas operações de transferências de mercadorias de filiais localizadas em outros Estados, para o contribuinte pertencente ao mesmo titular localizado neste Estado, o tratamento a ser dispensado necessariamente deve ser aquele previsto na Lei Complementar.

Em suma, nas operações de transferências de mercadorias entre o estabelecimento distribuidor e sua filial, no Estado da Bahia, a base de cálculo deve ser o valor correspondente ao “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”, segundo dispõe o inciso I do § 4º do art. 13 da LC 87/96. Tal regra de tributação não pode ser desprezada em função da imposição de outros diplomas legislativos, sob pena de se ver descaracterizada toda a sistemática sobre a qual foi montado o modelo do imposto estadual.

Cumprido observar que a fiscalização na apuração da base de cálculo levou em conta o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, expurgando do ICMS o PIS e o COFINS. O trabalho fiscal foi feito com base no CD anexado à fl.12.

Portanto, considerando que o comando contido no art. 13, § 4º, inciso I da LC 87/96, é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo (além dos elencados acima), e restando evidenciada que o PIS e o COFINS, não compõem o custo de produção, tais rubricas contábeis não podem integrar a base de cálculo prevista no citado dispositivo legal, sem correto não considerá-los, como fizeram os autuantes, na composição da base de cálculo nas transferências para filiais localizadas neste Estado.

O levantamento fiscal foi efetuado conforme planilhas de fls.13 a 18 do PAF (impressas as últimas folhas) denominadas de “Resumo Mensal – estorno de ICMS – 2009 a 2010”; “Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo nas Transferências Interestaduais – Art. 13, § 4º, da LC 87/96 – Valor da Entrada mais Recente – VEMR – 2009 e 2010”; “Demonstrativo da Apuração do ICMS Creditado a Maior nas Operações de Entradas

em Transferências Interestaduais – 2009 e 2010 – Erro na Determinação da Base de cálculo”, conforme CD à fl.12, e no demonstrativo de débito do Auto de Infração às fls.09 e 010, onde constam as datas de ocorrências e de vencimentos, cujo cálculo foi feito com base na entrada mais recente das mercadorias extraído dos arquivos Síntegra entregues ao Fisco e anexados ao processo.

Ressalto que os autuantes para adotar o seu procedimento fiscal constante nas planilhas acima especificadas, ou seja, para determinar o valor mais recente da mercadoria na forma prevista na legislação tributária acima citada, objetivando a padronização de procedimentos nas Auditorias Fiscais-contábeis, seguiram a jurisprudência do CONSEF, citada no Auto de Infração, nos julgamentos que tratam de matéria semelhante à presente, , cuja posicionamento é no sentido de que a formação da base de cálculo do ICMS nas operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos comerciais (que não produziram as mercadorias ou produtos) deve ser constituída pelo VALOR CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE DA MERCADORIA, EXCLUINDO-SE da mesma (BASE DE CÁLCULO) OS TRIBUTOS RECUPERÁVEIS (no presente caso, o PIS e COFINS). Por isso, considero correto o procedimento da fiscalização em expurgar valores que não compõe o custo da mercadoria, porquanto se tratam de tributos recuperáveis.

re a alegação de inaplicabilidade da IN 052/2013, para os fatos geradores a outubro de 2013, constato não assistir razão ao defendente, visto que a referida instrução tem caráter interpretativo e orientativo acerca de como deve ser compreendido o Custo da Mercadoria Produzida, não existindo nenhum impedimento legal a sua retroação para atingir fatos anteriores à sua publicação (art.106, I, do CTN). Ademais, mesmo antes da vigência da referida IN, a fiscalização já vinha adotando o mesmo critério para a apuração do Custo da Mercadoria Produzida.

Por tudo que foi exposto, concluo que o estabelecimento situado em outra unidade da Federação, ao transferir mercadoria para o estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado no Estado da Bahia, apurou a base de cálculo em valores não previstos na LC 87/96. Este procedimento resultou numa base de cálculo maior que a estabelecida no mencionado diploma legal, gerando um débito fiscal maior do que o previsto na legislação no estabelecimento remetente e um crédito utilizado a mais do que o previsto, o que constitui um crédito fiscal indevido, de acordo com o disposto no art. 93, § 5º, inciso II e com o art. 97, inciso VIII do RICMS/97.

Sobre o limite constitucional da multa aplicada de 60%, restando caracterizada a infração, ou seja, a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, a mesma se adequa a tipificação prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 186 a 204, no qual inicia sintetizando a acusação, aduzindo que a cobrança é ilegal e suscitando prejudicial de decadência (relativa aos fatos ocorridos antes de 29/07/2009), com fulcro em jurisprudência e no art. 150, § 4º do CTN, assim como na incompetência do Código Tributário do Estado da Bahia para dispor sobre tal assunto.

Em seguida, após afirmar que as decisões judiciais trazidas pela fiscalização não se aplicam ao caso concreto, sustenta que não há lei que autorize a glosa em análise e que o termo “*entrada mais recente*” deve ser interpretado à luz do art. 13, I, LC 87/1996 c/c art. 17, § 7º, I, Lei nº 7.014/1996, o que os autuantes fizeram de forma manipulada, excluindo dos valores das entradas mais recentes os tributos recuperáveis (PIS/COFINS/ICMS), sob o argumento de que não compõem o custo de produção.

Assevera que os termos “*custo de produção*” e “*entrada mais recente*” possuem significados distintos e que os seus conceitos legais não podem ser interpretados de qualquer forma, por meio de manobras linguísticas, com base em aspectos contábeis, objetivando justificar hipotética utilização de crédito indevido.

Ressaltando que na Federação apenas o Estado da Bahia tem esta concepção, estribado em doutrina de Ives Gandra Martins, aduz que a Instrução Normativa nº 52/2013 extrapola os limites estabelecidos na Constituição Federal para os atos normativos de tal hierarquia e viola os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I), bem como o art. 146, III, “a”, CF/1988.

A seu ver, a sobredita Instrução Normativa (IN) não tem natureza meramente interpretativa (razão pela qual a JJF concluiu que se aplica a fatos pretéritos), porquanto efetuou verdadeira inovação em matéria tributária no que se refere ao conceito de entrada mais recente.

Caso se conclua que a norma é interpretativa, fundamentado no art. 106, I, CTN, transcrito às fls. 202/203, requer a exclusão da multa de 60%, sublinhando que “*esse Conselho deve ser coerente*

com suas Decisões”. Os fatos ocorreram em 2009/2010 e a Instrução Normativa é de outubro de 2010.

Fornece endereço para intimações e conclui pedindo o acolhimento do Recurso.

A Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), no Parecer de folhas 209 a 212, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão de primeiro grau.

Alegações sobre inconstitucionalidade não podem ser apreciadas neste Conselho de Fazenda, a teor do art. 167, I do RPAF/BA, assim como, nesta Câmara de Julgamento Fiscal, o pleito de cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal.

Refuta as teses de nulidade e de decadência e, no mérito, assevera que o recorrente incluiu na base de cálculo valores maiores do que os autorizados na legislação, como PIS e COFINS, os quais não compõem os custos das mercadorias transferidas.

Cita precedentes e opina pelo não provimento.

VOTO (Vencido quando à exclusão da multa aplicada)

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, os auditores fiscais e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram a acusação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra preciso e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

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 nº 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 nº 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 nº 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 correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei nº 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Ressalte-se que este órgão não tem atribuição legal para negar eficácia a disposições normativas emanadas de autoridades superiores, a exemplo daquelas oriundas do Código Tributário do Estado da Bahia e da Instrução Normativa nº 52/2013 (art. 167, III, RPAF/BA).

Rejeitada a prejudicial de decadência.

As intimações e notificações devem observar os artigos 108 a 110 do RPAF/BA.

No mérito, para fins de utilização de créditos fiscais nas transferências interestaduais entre estabelecimentos não fabricantes de mesma titularidade, deverá ser adotada a base de cálculo de acordo com o valor da entrada mais recente no remetente, nos termos do inciso I do § 4º do art. 13 da LC 87/1996.

Com respeito à instrução normativa, genericamente falando, é preciso esclarecer a sua verdadeira natureza jurídica, para que não se confunda a mesma com lei interpretativa. Em verdade - assim como a resolução, portaria, deliberação, circular e regimento - é editada por autoridade outra que não o legislador, tampouco o chefe do Poder Executivo, e não tem o condão de obrigar ou desobrigar os administrados do que quer que seja, uma vez que se destina apenas a orientar os servidores públicos no exercício de suas atividades, que no caso concreto é de fiscalizar, portanto, de forma vinculada à legislação.

Por conseguinte, não cabe cogitar exclusão de multa com base no art. 106, I, CTN, pois, como dito, instrução normativa não é lei (o referido dispositivo se refere às leis).

Tendo em vista as normas da Instrução Normativa nº 52/2013, restaram legitimamente expurgados da base os tributos recuperáveis, como ICMS, PIS e COFINS, o que afirmo com supedâneo no art. 167, I e III do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTOS DIVERGENTE (Preliminares de nulidade e decadência) e VENCEDOR (Exclusão da multa)

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar da sua Decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 29/07/2009, bem como em relação à matéria de fundo discutida nos presentes autos.

Sobre o primeiro tema, atinente à decadência, ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a setembro de 2009, à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculativos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que *“...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada 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”*, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Avançando na análise, pertinente lembrar que a matéria que gravita em torno da aplicação das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, ou do inciso I, do art. 173, do CTN, relevante trazer à baila o fato de que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada, ou seja, 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”, Carta Maior, como segue:

“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”.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

“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).

“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).

Feitas as exposições acima, entendo que não restam dúvidas de 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 anteriormente a 29/07/2009, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Nessa linha, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 29/07/2009, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 29/07/2009, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na media em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a setembro de 2009 e, no mérito, voto no sentido de tronar IMPROCEDENTE as operações alcançadas pela decadência.

Vencido quanto à decadência, com voto de qualidade do Presidente desta CJF, avanço sobre o mérito.

O Sujeito Passivo é acusado de haver procedido à utilização indevida de crédito nas operações interestaduais de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, com base de cálculo fixada no Estado de origem, superior à estabelecida na Lei Complementar nº 87/1996.

Referentemente ao Recurso Voluntário, devo registrar que a matéria em pauta e que tem fulcro no quanto disposto no artigo 17, §7º, inciso I da Lei Estadual n.º 7.014/96 e que, por sua vez, encontra fundamento de validade no artigo 13º, §4º, inciso I da Lei Complementar n.º 87/96, tem suscitado discussão e divergências de posicionamento no seio deste Conselho de Fazenda, bem como entre os Procuradores que compõem a PROFIS, apesar de ser pacífica a posição do judiciária a respeito do tema.

Antes mesmo de atacar o âmago da matéria *sub examine*, devo analisar a Instrução Normativa nº 52/13 que trata especificamente da matéria veicula nos autos deste PAF. Por primeiro, há que se deixar claro, porque é incontestável, que a referida Instrução Normativa nº 52/13, apesar de dever ser orientar a conduta fiscal, como posta, adota natureza jurídica interpretativa da norma insculpida na LC 87/96, no que pertine à determinação da base de cálculo do ICMS, nas hipóteses em que as operações tenham origem em centros de distribuição.

Contrariando o quanto acima afirmado quanto a natureza jurídica da Instrução Normativa nº 52/13, há que se destacar que a referida IN avança, literalmente, sobre os limites da mera interpretação do disposto na LC 87/96, pretendendo legislar em matéria para a qual é incompetente a rigor do que determina a CF/88, senão vejamos:

O art. 13, § 4º, da LC 87/96 tem a seguinte dicção:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

...

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

A Instrução Normativa nº 52/13, no que se relaciona com a norma acima transcrita diz:

1. Na transferência interestadual de mercadoria industrializada pela própria empresa, destinada a outro

estabelecimento da mesma empresa localizado no Estado da Bahia, para efeito de apuração do valor do crédito a ser apropriado pelo estabelecimento destinatário, deverá ser observado o seguinte:

(...)

1.2. a base de cálculo é a soma do custo da matéria-prima, do material secundário, da mão-de-obra e do acondicionamento, ainda que a mercadoria tenha sido transferida de um estabelecimento comercial da mesma empresa (centro de distribuição - CD, por exemplo), acrescido do ICMS incidente na transferência que integra a base de cálculo do Imposto.

A norma insculpida na Lei, no meu entender deixa claro e definido que são duas as fontes onde se deve buscar a apuração dos créditos a serem apropriados pelos estabelecimentos destinatários em operações de transferências entre estabelecimentos de mesmo titular, aí entendido que tais operações podem ter origem em estabelecimento industrial e em centro de distribuição, quais sejam: o valor da entrada mais recente (inciso I, do § 4º do art. 13, referente a transferências de CD para CD), e o custo de produção, correspondente ao inciso II do mesmo diploma referente a transferência da indústria para CD.

A interpretação dada pela Instrução Normativa nº 52/13, em verdade inova à lei e diz, em apertada síntese, que as transferências, quer de CD para CD, quer da indústria para CD, terão como base da apuração dos créditos a serem apropriados pelos estabelecimentos destinatários em operações de transferências entre estabelecimentos de mesmo titular, unicamente o custo de produção.

Em que pese o esforço da SEFAZ no sentido de esclarecer norma de grande complexidade e que envolve entendimentos divergentes, sobretudo neste CONSEF, e com *venia* dos procuradores da PROFIS, me parece que a referida instrução normativa acabou por dar interpretação ao dispositivo de lei em voga absolutamente inovador em relação ao texto da lei. Digo inovador porque a prevalecer a dita interpretação, estar-se-ia desprezando o quanto posto na Lei, modificando-a na sua essência e inteligência mais clara e evidente, qual seja a da existência de transferências de Centros de Distribuição para Centros de Distribuição, e da própria forma de apuração dos créditos, o que atentaria contra os princípios da segurança jurídica e legalidade estrita e tornaria insegura a base de cálculo do imposto a ser eventualmente exigido, tudo em razão do que parece ser mero casuísmo.

Merece atenção os julgados do Superior Tribunal de Justiça derredor da matéria, trazidos à colação pelos autuantes e pela n. Dra. Ângeli Feitosa em outro processo cuja acusação fiscal é a mesma. Especificamente quanto ao texto da Decisão no REsp 1109298/RS, vejo que o referido *decisum*, definitivamente, não autoriza a interpretação genérica dada pela Instrução Normativa nº 52/13, pois, em nenhum momento os ministros julgadores afastaram a aplicação do quanto contido no art. 13º, § 4, inciso I, pelo que se depreende do trecho abaixo transcrito e que reflete caso específico e sem nenhuma característica vinculante:

(...)

6. Na espécie, por diversas razões a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida nos termos do artigo 13, § 4º, II, da LC 87/96 (e não a entrada mais recente).

7. Em primeiro, a interpretação da norma deve ser restritiva, pois o citado parágrafo estabelece bases de cálculos específicas. Em segundo, os incisos estão conectados às atividades do sujeito passivo, devendo ser utilizado o inciso II para estabelecimento industrial. Em terceiro, a norma visa evitar o conflito federativo pela arrecadação do tributo, o que impede a interpretação que possibilita o sujeito passivo direcionar o valor do tributo ao Estado que melhor lhe convier. (grifo do relator)

Demais disso, o dito *decisum* serve a resolver questão específica, que nada tem a ver com o caso dos autos, além do fato de que mesmo que o contrário fosse verdadeiro, a referida Decisão apenas vincula as partes envolvidas, sendo pois, mera referência, de aplicação inservível ao caso em tela.

Isto posto, sem mais delongas, frisando que há que se preservar o princípio da legalidade estrita, um dos esteios da Segurança Jurídica, aí entendido que nenhuma norma infralegal pode transpor, inovar ou modificar texto de Norma Cogente, muito menos por via de instrumento interpretativo, entendo que a inteligência insculpida na Instrução Normativa nº 52/13 é equivocada, bem como, *data venia*, o Parecer do n. Procurador da PGE/PROFIS.

Feitas as considerações iniciais e valendo-me do disposto no art. 155, § único, do RPAF/99, que diz que “*quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*”, ultrapasso as preliminares suscitadas e avanço sobre à análise fulcral do lançamento, e que envolve a correta constituição da base de cálculo do imposto que se exige em razão das transferências em tela.

Dos fatos trazidos ao PAF, em que pese a acusação formulada pelos fiscais autuantes, o recorrente defende-se, reiteradamente, aduzindo que as transferências motivadoras da lavratura do Auto de Infração, em verdade, tiveram origem de outros “*CD's - Centros de Distribuição*”, que por sua vez haviam recebido as mercadorias de unidades fabris, e que nesta condição a aplicação do inciso II do art. 13, §4º, da LC 87/96 estaria equivocado, pois, estaria sendo considerado o “*custo de produção*” ao invés do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme determina o inciso I do mesmo dispositivo.

Como dito, a matéria trazida a esses autos vem sendo discutida à exaustão, entretanto, sem que se chegue à unanimidade de entendimento. Nessa esteira, merece registro que a i. Procuradora Dra. Rosana Maciel, nos autos do Processo nº 206891.0009/08-2, que tem como Sujeito Passivo a oro recorrente, exarou opinativo no sentido de que fosse o feito convertido em diligência à ASTEC para que fosse elaborado novo demonstrativo de débitos onde deveriam constar apenas as transferências efetuadas diretamente entre os estabelecimentos do autuado e a filial situada no Estado da Bahia, porque tem sido entendimento pacífico na PROFIS que nas transferências interestaduais de mercadorias oriundas de Centros de Distribuição com destino a estabelecimentos de mesmo titular situado no Estado da Bahia, a base de cálculo do ICMS seria aquela prevista no art. 13, §4º, I, da LC 87/96.

Na mesma linha, no Processo nº 206891.0040/13-3, que tem como Sujeito Passivo a Nestlé Brasil Ltda. e aborda matéria idêntica, o n. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior opina pela conversão do feito em diligência para que fossem segregadas as operações objeto do lançamento com base no art. 13, §4º, da Lei Complementar nº 87/96, tudo na mesma linha traçada pela Dra. Rosana Maciel, e no sentido de que são distintas as operações de circulação de mercadorias entre a indústria e os CD's, das operações de circulação de mercadorias de um Centro de Distribuição para outro Centro de Distribuição, a rigor dos incisos I e II, do art. 13, §4º, da LC 87/96.

A dita LC 87/96, por via do art. 13, §4º, estabeleceu expressamente as três hipóteses de composição e materialidade do imposto, das quais transcrevo, em destaque, as dos incisos I e II:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;”

Faz-se necessário na apreciação da matéria trazida por este PAF, esclarecer a confusão estabelecida em razão da definição dos estabelecimentos remetentes das mercadorias. Fato é que os estabelecimentos Fabris e Centros de Distribuição foram tratados igualmente, o que definitivamente não pode ser feito, pacífico que é o entendimento de que são distintos e recebem tratamento tributário também diferenciado, pois, além de serem estabelecimentos independentes sob o ponto de vista fiscal, em razão de comando legal, não há na legislação do Estado da Bahia a figura da equiparação do Centro de Distribuição - CD à Indústria para efeito de fixação de base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias, como também sequer há previsão desta figura na Lei Complementar nº 87/96. Em verdade, a Norma insculpida no art. 13, § 4º, da LC 87/96 diz, textualmente, exatamente o contrário, no que concerne à definição da base de cálculo nas transferências entre estabelecimentos de mesmo titular - distinção feita pelos inciso I e II, do § 4º, do art. 13, da LC 87/96.

Pois bem, feitas as considerações preliminares, vejo que o aspecto controvertido na presente demanda, gira em torno da exegese dos dispositivos expressos artigo 17, §7º, inciso I da Lei Estadual nº 7.014/96 que, por sua vez, encontra fundamento de validade no artigo 13º, §4º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96.

Em apertada síntese, o lançamento e a Decisão da JJF encontra fundamento na assertiva de que, tendo o texto do inciso I do § 4º do artigo 13º da LC 87/96 deixado de especificar o que se deve entender pela expressão entrada mais recente. Derredor disso, razoável traçar um paralelo com o método de apuração da base de cálculo aplicável às operações de transferência de mercadorias industrializadas – inciso II do mesmo dispositivo legal – situação em que se adota o valor do custo apurado no último dia do mês imediatamente anterior ao da saída.

Pois bem, nos termos prescritos na CF/88, cabe à Lei Complementar definir os tributos e suas espécies, e em relação aos impostos nela discriminados, os respectivos, fatos geradores, base de cálculo e contribuintes. Nessa linha, dúvida não há de que o ICMS está incluso no rol dos impostos discriminados no texto constitucional, pelo que também não é controverso que só a Lei Complementar poderá dispor sobre a base de cálculo a ser utilizada nas diversas hipóteses em que se verifica a incidência do referido imposto.

No presente caso, a Lei Complementar nº 87/96, cumprindo o quanto determinado pela Constituição, estabeleceu, de forma expressa, que nas operações de transferência de mercadorias destinadas à revenda entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, a base de cálculo deve corresponder ao valor da entrada mais recente da mercadoria. Senão vejamos:

Lei Complementar 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§4 – Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I – o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; (grifos meus)

II – o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III – tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

A Lei nº 7.014/96, seguindo o comando normativo que lhe é hierarquicamente superior, assim dispõe:

Lei Ordinária 7.014/96:

Art. 17 – A base de cálculo do imposto é:

§ 7º - Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I – o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; (grifos meus).

Da simples leitura dos dispositivos legais transcritos percebe-se de plano que nada há de obscuro, dúvida, omissão ou mesmo impreciso no conteúdo das normas. Ao revés, os comandos deles emanados são extremamente precisos e especificam, com clareza hialina, qual base de cálculo deve ser utilizada nas operações de que aqui se trata. Em verdade, o que se o que se verifica é uma divergência de interpretação do conteúdo da norma sobre o que se deve entender da expressão “*entrada mais recente*”.

Poderia me alongar tratando dos diversos métodos de interpretação da norma jurídica tributária de que dispõe o exegeta, entretanto, não me parece ser o caso. No meu sentir, não há outra interpretação que se possa conferir ao referido dispositivo, senão aquele que o próprio texto enuncia.

Esta conclusão é ratificada pelo próprio texto do inciso I do §7º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96 que elege como a base de cálculo nas operações de saída de mercadoria em transferência o preço de aquisição daquela, o qual, como cediço, contempla o valor do ICMS incidente na operação. Nos termos do dispositivo em comento, o valor da entrada mais recente deve ser utilizado apenas na hipótese de o estabelecimento remetente só adquirir mercadorias por transferência. Isto porque, em operações desta natureza não há o que se cogitar de preço, aplicável tão somente em atos de mercancia.

Outrossim, quando a legislação quis se referir especificamente a custo da mercadoria assim o fez

e, além disso, mesmo que se admitisse tal interpretação, a justificativa da exclusão do PIS e COFINS se dá pelo fato de serem tributos recuperáveis não coaduna com a realidade das operações comerciais, pois nem sempre esses tributos efetivamente são recuperáveis.

Admitir que a discricionariedade da administração pública quanto à interpretação das normas que tem o dever de aplicar em razão do exercício de sua atividade vinculada, possa ensejar na alteração do conteúdo destas ampliando-o, conforme fez o Superintendente da Administração Tributária ao editar a Instrução Normativa nº 52/13, entra em rota de colisão com os princípios da tipicidade cerrada e estrita legalidade, corolários da segurança jurídica. O que não se pode conceber em qualquer hipótese.

Cumprе ressaltar que em não se tratando de matéria de inconstitucionalidade, mas sim de ilegalidade, bem como não se tratando a referida Instrução Normativa de ato normativo emanado por autoridade superior, está dentro do âmbito de competência deste Conselho de Fazenda afastar a sua aplicação no caso concreto. Ademais, quanto à alegação de inconstitucionalidade da penalidade aplicável, bem como o pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação principal, tais pedidos fogem do âmbito de competência desta CJF.

Entretanto, subsidiariamente, vencido no mérito e prevalecendo o entendimento que a citada Instrução Normativa possui caráter eminentemente interpretativo, imperioso se faz a aplicação do art. 106, I do CTN para o fim de afastar a aplicação da multa em razão de os fatos geradores serem anteriores à edição do referido dispositivo.

Assim, voto no sentido de reconhecer a decadência parcial da infração e, no mérito julgar improcedente o lançamento. Vencido quanto ao mérito, voto no sentido de afastar a exigência da multa cominada à infração.

Concluindo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para afastar a multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto às preliminares de nulidade e de decadência, com voto de qualidade do presidente e, em decisão não unânime em relação à exclusão da multa aplicada, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e quanto ao mérito julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0019/14-2**, lavrado contra **C&A MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$189.487,83**, e dos acréscimos legais, sem incidência da multa aplicada de 60%, conforme o art. 106, I, do CTN.

VOTO VENCEDOR (Preliminares de Nulidade e Decadência) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminares de Nulidade e Decadência) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Oswaldo Ignácio Amador.

VOTO VENCEDOR (Exclusão da multa) - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Daniel Ribeiro Silva, Oswaldo Ignácio Amador e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Exclusão da multa) - Conselheiro: Paulo Danilo Reis Lopes.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Exclusão da Multa)

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTOS DIVERGENTE (Preliminares de nulidade e decadência) e VENCEDOR (Exclusão da multa)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS