

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0068/14-0
RECORRENTE - ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0008-01/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0253-12/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Os valores designados a título de imposto a recolher decorrem das diferenças entre aqueles destacados nos documentos fiscais (com alíquotas interestaduais) e os calculados sob a alíquota interna de 17%. 2. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REFEIÇÕES. A exigência encontra respaldo nos artigos 87, XX, 342 e 343, XVIII do RICMS/1997. 3. INSCRIÇÃO ESTADUAL. FORNECEDOR COM INSCRIÇÃO DESABILITADA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR SOLIDARIEDADE. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. As alegações apresentadas pelo sujeito passivo, de que efetuou as escriturações das entradas, não têm qualquer relação com os ilícitos 3 e 4. Não acolhida a prejudicial de decadência. Decisão por maioria. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida através do Acórdão 1ª JJF nº 0008-01/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/09/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 346.400,89, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 01. Falta de pagamento das diferenças de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo. R\$ 145.792,30 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02. Falta de recolhimento do "ICMS substituído por diferimento", na condição de responsável pelo imposto diferido (fornecimento de refeições). R\$ 47.260,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 03. Falta de recolhimento do imposto referente às aquisições de produtos ou serviços de contribuintes com inscrições desabilitadas no Cadastro do ICMS/BA. R\$ 9.343,20 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "a" da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04. Utilização indevida de crédito, relativo às aquisições de materiais de uso ou consumo. R\$ 144.005,26 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 12/02/2015 (fls. 79 a 85) e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO

Discutem-se nestes autos quatro lançamentos.

O autuado inicia sua defesa alegando decadência do direito do fisco de constituir crédito tributário no período de janeiro a setembro de 2009, pois a empresa foi notificada deste Auto em setembro de 2014, quando já decorridos 5 anos. Observa que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, e sendo assim o crédito se extingue em 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2009. O

prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – relativos ao período de janeiro a setembro de 2009 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2009. O primeiro dia do exercício seguinte foi 1º de janeiro de 2010. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2014. O procedimento fiscal foi formalizado em 30.9.14, e o sujeito passivo foi intimado no dia 7.10.14.

Ainda como preliminar, o autuado alega que no caso do item 1º a fiscalização constituiu o crédito com alíquota interna de 17% referente à “diferença” de alíquotas.

O contribuinte tem toda razão quanto às alíquotas de 17% erroneamente indicadas no corpo Auto de Infração, no tocante ao item 1º. Diferença de alíquotas, como a própria denominação indica, é a diferença entre a alíquota interna prevista na lei baiana e a alíquota interestadual prevista na lei do Estado de origem. A “diferença” de alíquotas jamais poderia ser de 17% como consta no Auto, pois 17% é a alíquota interna, e não a diferença entre esta e a interestadual. Além da alíquota, o autuado também poderia ter questionado as bases de cálculo, que também estão erradas.

A rigor, na demonstração, no corpo do Auto, da forma como foi calculado o imposto, não foi observado o preceito do RPAF – art. 39, IV, “c”: de acordo com a alínea “c”, o Auto de Infração deve conter “a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo”. Ou seja, no Auto deve constar a alíquota, mas isto quando o cálculo decorrer diretamente de uma alíquota específica na determinação do valor a ser lançado, porém, em casos em que o valor a ser lançado não decorra diretamente de uma alíquota específica, como neste caso, deve ser indicado o percentual correspondente ao cálculo.

Em suma, tratando-se de “diferença de alíquotas”, “antecipação tributária”, “imposto recolhido a menos” ou outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma alíquota específica sobre determinada base de cálculo, deve ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido. Essa demonstração deveria ser feita no corpo do próprio Auto de Infração, como manda o art. 39, IV, “b” e “c”, do RPAF. Esse equívoco, contudo, decorre de circunstância que escapa ao controle do agente fiscal, já que o erro é do programa de computador utilizado na emissão do Auto de Infração, o chamado SEAI.

Os autuantes, na informação fiscal, disseram que foi aplicada a alíquota de 17% (alíquota interna) sobre o valor da Nota Fiscal, porém foi deduzido o valor do ICMS destacado no mesmo documento (ou seja, foi dado o “crédito”). Consideraram que o autuado não teria entendido isso em virtude de ter confundido “diferença de alíquota” como se se tratasse de “antecipação parcial”.

Essas considerações merecem reparo. Se de fato o contribuinte confundiu “diferença de alíquotas” com “antecipação parcial”, a confusão se deveu à forma inadequada como foram elaborados os demonstrativos fiscais às fls. 12/24, em que é indicado o “crédito fiscal” (ICMS destacado) e em seguida o “débito” (ICMS calculado). Ora, no cálculo da diferença de alíquotas não existem nem débito, nem crédito – o que se apura é simplesmente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. O cotejamento de débitos e créditos ocorre é quando se apura o imposto pelos regimes especial e sumário ou mesmo pelo regime de arbitramento. No cálculo da diferenças, não. O cálculo da diferença de alíquotas é feito na forma prevista no art. 69: o imposto a ser pago é o valor resultante da aplicação, sobre a base de cálculo, do “percentual” equivalente à “diferença” entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Nada de crédito nem de débito.

Porém, não obstante esses equívocos formais na demonstração dos valores lançados, matematicamente os valores estão corretos. Tendo em vista que foram entregues ao contribuinte cópias dos demonstrativos fiscais, conforme recibos apostos ao final de cada demonstrativo, concluo que não houve cerceamento de defesa.

Fica registrada a recomendação no sentido de que em casos futuros a fiscalização procure meios no sentido de que o Auto de Infração não se ressinta desses vícios. A clareza do Auto de Infração não é um requisito para atender ao órgão julgador, mas para propiciar ao contribuinte a perfeita compreensão dos critérios adotados na depuração dos valores lançados.

Ultrapasso as preliminares suscitadas.

No mérito, o autuado alega que a autuação decorreu do fato de a fiscalização confundir a nomenclatura utilizada pela empresa para descrever o processo produtivo de seu parque industrial, bem por desprezar as transferências internas, estornos e refugos de saída, perdas, avarias e extravios ocorridos na industrialização e no transporte. Não fez prova disso.

A defesa sustenta ser cediço que as mercadorias destinadas a ativo fixo e consumo estão excluídas da hipótese de incidência do ICMS, conforme a jurisprudência pacificada nos tribunais superiores.

A diferença de alíquotas tem previsão legal. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Mantenho o lançamento do item 1º.

O lançamento do item 2º refere-se à falta de recolhimento do “ICMS substituído por diferimento” [leia-se: falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária por diferimento], relativamente a aquisições de refeições fornecidas aos funcionários.

O autuado alega que somente no caso de inadimplemento do tributo pelo contribuinte direto é que o fisco pode

direcionar a cobrança ao tomador do serviço, face à subsidiariedade da responsabilidade tributária. Observa que se a responsabilidade solidária fosse compreendida nos termos do direito privado, como pretende o fisco, estaria sendo inserida no nosso ordenamento jurídico através de lei ordinária uma previsão de nova contribuição para o corresponsável, o que é expressamente vedado pela Constituição, no art. 146. III, “a”, dispositivo segundo o qual somente por Lei Complementar se pode imputar obrigação tributária a novo contribuinte, e por conseguinte, jamais poderia o instituto trazido pela lei ordinária em comento conferir ao tomador do serviço essa característica. Chama a atenção para a regra do art. 134 do CTN, assinalando que esse dispositivo se inicia com a expressão “Nos casos de impossibilidade de exigência da obrigação principal pelo contribuinte....”, pelo que se pressupõe que existe ao menos a tentativa de exigência de cumprimento da obrigação tributária pelo obrigado principal, e apenas no caso de impossibilidade da referida exigência é que a obrigação recaia sobre o obrigado principal. Conclui sustentando não ser possível que a exação do item 2º deste Auto seja exigida do substituto tributário antes de esgotar as possibilidades de cobrança do contribuinte direto, uma vez que se trata de responsabilidade subsidiária.

Não é razoável discutir no âmbito administrativo a legalidade ou constitucionalidade do direito posto. A exigência formalizada pelo fisco tem previsão expressa na legislação: RICMS/97, arts. 342 e 343, XVIII, e na informação fiscal foi declarado pelos autuantes que a fornecedora das refeições, Jucilene de Jesus da Silva (JB Alimentos), não recolheu nenhum valor a título de ICMS no período fiscalizado (2009 a 2011).

Mantenho o lançamento do item 2º.

O contribuinte impugnou em conjunto os lançamentos dos itens 3º e 4º, falando de coisas que não parecem ter nada a ver com as imputações fiscais, ao alegar que as acusações de que a empresa não realizou devidamente a escrituração de entrada de mercadorias tributáveis em seus livros fiscais não devem prosperar porque não encontram guarda fática e tampouco jurídica, pois as exigências ali apontadas foram devidamente registradas nos livros fiscais.

Note-se que nos referidos itens o autuado não está sendo acusado de ter deixado de escriturar entradas de mercadorias: o que o item 3º acusa é falta de recolhimento do ICMS referente à “aquisição de produto ou serviço” de contribuinte com inscrição desabilitada no cadastro de contribuintes, e o item 4º diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso ou consumo do estabelecimento.

Os fatos portanto não foram impugnados objetivamente.

Faço o registro de que, no tocante ao item 4º, que acusa utilização indevida de crédito fiscal relativo a material de consumo, os autuantes, na informação fiscal, dizem que teria havido também glosa de crédito relativo a ativo fixo (ativo imobilizado) utilizado na sua totalidade, não obedecendo à razão de 1/48 avos.

Sendo verdade tal afirmação, isso deveria ter sido explicitado na descrição do fato. A fiscalização não pode constatar uma coisa e descrever outra. Porém, verificando-se o demonstrativo fiscal às fls. 29/31, percebe-se que não é verdadeira a afirmação feita pelos autuantes na informação fiscal, pois dentre os materiais cujos créditos foram glosados não existem bens do ativo imobilizado.

Sendo assim, está caracterizada a infração.

Mantenho os lançamentos dos itens 3º e 4º.

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. 98 a 111, no qual, referindo-se aos artigos 142, 150, § 4º e 156 do CTN, inicia suscitando prejudicial de decadência concernente aos fatos ocorridos entre janeiro e setembro de 2009. A notificação do lançamento de ofício ocorreu em setembro de 2014.

No mérito da infração 1, sustenta a ilegalidade do procedimento, uma vez que, além de ter feito uso da alíquota interna de 17%, tomou como fundamento de fato as entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, as quais, segundo alega, não se submetem à incidência do gravame.

Quanto ao item 2 do Auto de Infração, alega que somente nos casos de inadimplemento por parte do contribuinte direto é que o Fisco pode direcionar a cobrança ao tomador do serviço, em face da subsidiariedade na responsabilidade solidária (art. 134, CTN), concepção que, a seu ver, já está pacificada na doutrina e na jurisprudência.

Por fim, argumenta que é falsa a acusação das imputações 3 e 4 de que “não realizou devidamente a escritura de entrada de mercadorias tributáveis ou não em seus livros fiscais”.

Encerra pleiteando Conhecimento e Provimento do Recurso.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 115 a 118, considera que não foram apresentados argumentos jurídicos capazes de alterar a Decisão de Primeira Instância. Refuta as teses de nulidade e decadência e assinala que o lançamento contém os requisitos do artigo 39 do RPAF/BA.

VOTO

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

Não foi identificada violação ao princípio 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 transcrita, “*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 sobreditos artigos 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, por quanto 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 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 paradigmáticos 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 procedural, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Relativamente ao mérito da primeira acusação, que versa sobre entradas de bens de consumo e não do ativo imobilizado, constato, nos demonstrativos de folhas 13 a 23, que os valores designados a título de imposto a recolher decorrem das diferenças entre aqueles destacados nos documentos fiscais (com alíquotas interestaduais) e os calculados sob a alíquota interna de 17%. Portanto, ao contrário do que afirmou o recorrente, não ocorreu a aplicação direta do referido percentual (de 17%).

Os fatos se enquadram nas hipóteses previstas no artigos 4º, XV e 17, § 6º da Lei nº 7.014/1996, motivo pelo qual não acato a argumentação de não incidência.

A segunda infração resulta da falta de recolhimento do ICMS deferido, na condição de responsável pelo adimplemento da obrigação principal no fornecimento de refeições aos seus empregados (levantamento de folhas 25 a 27).

A exigência encontra respaldo nos artigos 87, XX, 342 e 343, XVIII do RICMS/1997. Não cabe a análise da constitucionalidade de tais dispositivos, tampouco a negativa de eficácia, a teor do art. 167, I e III do RPAF/BA.

A legislação citada pelo recorrente trata da responsabilidade, por exemplo, de pais, tutores, curadores etc.

Além disso, restou comprovado que o fornecedor de refeições não recolheu o imposto no período fiscalizado.

XX - até 31/12/12, no fornecimento de refeições promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas, calculando- se a redução em 30% (trinta por cento) (Convênio ICMS 09/1993); (...).

Art. 342. A substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou do bem, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado à etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previstos pela legislação.

Art. 343. É deferido o lançamento do ICMS incidente:

(...);

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente; (...).

Com respeito às duas últimas acusações (falta de recolhimento do imposto referente às aquisições de produtos ou serviços de contribuintes com inscrições desabilitadas no Cadastro do ICMS/BA e utilização indevida de crédito, relativo às aquisições de materiais de uso ou consumo), as alegações apresentadas pelo sujeito passivo à folha 111, de que efetuou as escriturações das entradas, não têm qualquer relação com os ilícitos.

Tal fato já havia sido percebido na instância de primeiro grau.

"Note-se que nos referidos itens o autuado não está sendo acusado de ter deixado de escriturar entradas de mercadorias: o que o item 3º acusa é falta de recolhimento do ICMS referente à "aquisição de produto ou serviço" de contribuinte com inscrição desabilitada no cadastro de contribuintes, e o item 4º diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso ou consumo do estabelecimento".

Mantida a Decisão recorrida.

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

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

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 entre janeiro e se-

tembro de 2009.

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 prespcionais 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 setembro de 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 setembro de 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 setembro de 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 medida 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 tratar IMPROCEDENTE as operações alcançadas pela decadência, sendo, portanto, PARCIALMENTE PROVIDO o apelo recursal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, 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** o Auto de Infração nº 279757.0068/14-0, lavrado contra **ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$346.400,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$337.057,69 e 100% sobre R\$9.343,20, previstas no art. 42, incisos II, "f", VII, "a" e IV, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS