

PROCESSO - A. I. Nº 282219.1116/14-1
RECORRENTE - ATRAÇÃO FONOGRÁFICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0169-02/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0383-12/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES DESTINADAS A CONTRIBUINTES NO ESTADO DA BAHIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Declaração do sujeito de passivo de imposto devido através das GIA-ST. Aplicação das normas fixadas pelo Protocolo ICM 19/85 ao autuado. Legitimidade ativa do Estado da Bahia. Alegações do impugnante, cadastrado como Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, incapazes de elidir a acusação fiscal. Art. 142 do CTN; Convênio ICMS 81/93; Art's. 8º e 10 da Lei nº 7.014/96 e art. 39 do RPAF/99. Infração subsistente. Pedidos de nulidade e perícia indeferidos. Art's. 19, 123 e 145 do RPAF/99. Redução e exclusão da multa. Efeito confiscatório. Pleitos indeferidos. Art's. 159 e 167 do RPAF/99. Rejeitada a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou integralmente Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência de imposto no montante de R\$12.871,15, acrescido das cominações legais.

O Auto lavrado em 26/11/2014 e notificado o Contribuinte em 09/02/2015 (AR de fls. 38), decorre da única infração que acusa o Sujeito Passivo de haver deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de dez/09 a fev/10; mai, jun e out de 2010; jan, fev, jun e dez de 2011; abr, mai e set de 2012; e jan e set de 2013. Multa de 150%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, indefiro os pedidos de nulidade apresentados pelos seguintes motivos:

A falta de fundamentação legal para cobrança do crédito tributário não se constitui em óbice do lançamento tributário realizado, visto que o sujeito passivo exerceu o contraditório e o direito de defesa, estabelecendo a lide administrativa, demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração. Ademais, o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, fixa disposição no sentido de que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, o que ocorreu no presente Auto de Infração, diante do enquadramento consignado nas fls. 2 e 3 dos autos, de modo a consignar a motivação do ato administrativo em questão.

A respeito da assertiva do autuado voltada à existência de efeito confiscatório a ensejar possível declaração de

inconstitucionalidade, além da exclusão ou redução da multa proposta, resta prejudicada a respectiva análise, em virtude da ausência de competência determinada pelos art's. 159 e 167 do RPAF/99.

Verifico, assim, que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente, as do RPAF/99, inexistindo vício capaz de inquinar de nulidade o lançamento em tela, tendo em vista a apuração do imposto, multa e da respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos, fls. 1 a 26. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório em face da acusação empreendida. Do exposto, indefiro os pleitos voltados à nulidade, bem como o pedido para realização de perícia, posto que a matéria em lide não possui a característica da complexidade, não há evidência de erro e pela ausência de fundamentação, imposições contidas nos art's. 123 e 145 do RPAF/99.

Destarte, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração e no transcurso da instrução processual, concluo que lide está apta ao seu deslinde e passo à análise do mérito.

Quanto à preliminar de mérito aventada - Decadência Tributária, indefiro o pleito, posto que o art. 8º da Lei nº 13.199, de 28/11/14, possui efeitos, para alterar disposição do Código Tributário do Estado da Bahia, a partir de 29/11/14, conforme art. 9º da referida lei, além da impossibilidade de retroagir sua aplicação para fatos geradores descritos neste Auto de Infração, em virtude das razões a seguir apontadas.

O Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - vigente à época dos fatos geradores imputados, fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, ainda que este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu §4º do art. 150.

Art. 150. ...

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada. As disposições vigentes do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário e no art. 107-B, §5º, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário, são aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional - CTN

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

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

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

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

Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB

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

Nota 1: O art. 107-A foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

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

[...]

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

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao

sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Nota 1: O art. 107-B foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

[...]

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 26/11/14 (data da lavratura do presente Auto de Infração) não havia ainda ocorrida a decadência do direito de lançar o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2009 e 31/01/2010. Assim, o pleito do impugnante não se coaduna com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia sobre a contagem do prazo para efeitos da Decadência Tributária.

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

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

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

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

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

Logo, ao caso concreto, não opera o Instituto da Decadência Tributária arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN.

Ex positis, rejeito a prejudicial de mérito suscitada.

O lançamento constitui-se em uma única infração lastreada em informações da Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição Tributária - GIA - ST, fls. 13 a 26, emitidas pelo impugnante.

A configuração da lide consiste no entendimento de que o imposto lançado caberia ao Estado de São Paulo, representando a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, em face das operações realizadas pelo impugnante, cujos documentos fiscais não foram acostados aos autos, apesar de o sujeito passivo mencionar suas existências. Ademais, a pretensão resistida, também, está relacionada com a validade do Regime de Substituição Tributária e aplicação nas operações do autuado destinadas ao Estado da Bahia.

O comando do art. 150, da CF/88, no § 7º, estabelece a possibilidade, através de lei, "de atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária, a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

O art. 155, inciso XII, alínea "b", da CF/88, vincula, à lei complementar, disposição sobre o Regime de Substituição Tributária. E, assim, a Lei Complementar nº 87/96, prescreve:

[..]

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos

pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[..]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

[..]

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

A Lei nº 7.014/96, no art. 10, impõe condição para adotar o Regime de Substituição Tributária:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

[..]

Com base nos art's. 102 e 199, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, surge, no ordenamento jurídico tributário, o Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regime de substituição tributária, instituído por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Neste contexto o Estado de São Paulo celebra o Protocolo ICM 19/85, em 29/07/85, para adotar o Regime de Substituição Tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada. Posteriormente, o Estado da Bahia adere ao Protocolo ICM 19/85, através do Protocolo ICMS 18/97, com efeitos a partir de 01/08/97.

Dessa forma, ao aplicar o Protocolo ICM 19/85, notadamente, as Cláusulas Primeira e Quinta aos fatos geradores consignados nas fls. 2 e 3 dos autos, o autuante delimita o arcabouço normativo da ação fiscal, de modo a desincumbir-se do ônus probatório inerente à acusação empreendida e, demonstrar a motivação administrativa mencionada pelo sujeito passivo.

Por seu turno, o impugnante não traz fato impeditivo, suspensivo, modificativo ou extintivo para elidir a imputação fiscal. Apenas, menciona a existência de documentos fiscais, sem juntá-los aos autos, o que evidencia o não cumprimento do seu desiderato relativo ao ônus processual. Ademais, a ação fiscal desenvolvida está lastreada em informações do autuado, inscrito no Estado da Bahia como Contribuinte Substituto, conforme fls. 13 a 26, acima citadas.

Logo, além de afastar os argumentos defensivos relativos à inexistência de base normativa estadual relativa à infração lançada, de motivação da ação fiscal em virtude da atividade vinculada desenvolvida, nos termos do art. 142 do CTN, refuto o entendimento do impugnante voltado à ilegitimidade ativa do Estado da Bahia na relação jurídica em questão, inclusive, com base no art. 8º da Lei nº 7.014/96 e no art. 39, §4º, do RPAF/99. Concluo, então, ser pertinente o lançamento tributário promovido e subsistente a infração lançada.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 107/121, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a Decisão emanada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal e aduzir que diverge da autuação e da Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

Em sede de preliminar, em relação ao crédito tributário relativo às competências de 31/12/2009 e 31/12/2010, afirma que foram alcançados pela decadência, não mais podendo ser exigido pelo fisco da Bahia. Cita e transcreve a legislação pertinente, também citando a jurisprudência, requerendo que seja acatada a preliminar suscitada para que os valores referentes ao período citado sejam excluídos do lançamento.

No mérito, citando o art. 195, do CTN e o art. 156, II, da CF/88, diz que “... a competência para instituição do imposto ICMS pertence ao Estado, no caso São Paulo. Assim sendo, é a Fazenda Estadual quem detém a competência para arrecadação e principalmente a fiscalização do imposto. Da mesma forma, é ela a responsável pela fiscalização quanto às Inscrições Estaduais das empresas sediadas em seu Estado”. Nessa linha, aduz que referentemente às notas fiscais que deram azo à autuação, cumpriu regularmente suas obrigações acessórias no que concerne à escrituração das mesmas e verificação da situação cadastral das empresas, lembrando que à época dos fatos, as empresas adquirentes tinham situação regular.

Diz que submetida à legislação do Estado de São Paulo, “...por ocasião da aquisição de mercadorias verifica se há inscrição estadual e CNPJ ativo e realiza a operação comercial com as empresas e a consulta no SINTEGRA, apenas isto...”, entendendo que é inadmissível que tenha que exigir comprovação do pagamento de imposto para com terceiros, haja vista que tal exigência pode lhe trazer dificuldades comerciais. Insiste que não pode ser responsabilizada por obrigação que caberia, exclusivamente, ao adquirente e ao poder público.

Dizendo da sua boa-fé e citando o art. 136, do CTN e a doutrina, faz digressões derredor do *jus puniendi* do Estado, concluindo que no caso dos autos, estaria sendo punida por ter tido relacionamento comercial com empresas sediadas na Bahia, haja vista que está sendo responsabilizada por informações que não tinham o dever de ter ciência. Cita jurisprudência.

Quanto à multa cominada à infração, diz que a norma insculpida no art. 150, da CF/88, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco, está sendo desrespeitada, cabendo a este Tribunal coibir as multas exigidas de feitiço confiscatório. Citando a jurisprudência do STF, a doutrina e a legislação pertinente, pondera que se é vedado o confisco por via da instituição de tributos, seria lógico afirmar-se que não se pode fazê-lo por meio da instituição de penalidades ou multas tributárias, vez que decorrem do mesmo fenômeno jurídico – Tributação.

Concluindo, assevera que a cobrança de multa equivalente a 150% do valor do imposto é extorsiva e configura verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte, devendo ser reduzida ao patamar máximo de 20% da multa aplicada.

Por derradeiro, pugna pelo Provimento do seu Recurso para que seja desconstituído o Auto de Infração em lide e, alternativamente, na hipótese de manutenção do auto, pede que seja reduzida a multa para 20%.

Por razões de ordem regimental e regulamentar, não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JfF deste CONSEF, Acórdão JfF 0124-02/13, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na imputação expressa na infração 1, cuja acusação é de que o Sujeito Passivo deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Cinge-se o Recurso Voluntário, por primeiro, à discussão da preliminar de decadência em relação ao crédito tributário relativo às competências de 31/12/2009 e 31/12/2010.

Sobre a preliminar suscitada, entendo que assiste parcial razão à Recorrente.

De plano há que se ter como referência a data em que o Sujeito Passivo tomou conhecimento da ação fiscal empreendida pelo Fisco da Bahia, 09/02/2015, sendo certo que apenas a partir do momento em que o contribuinte toma conhecimento da ação fiscal é que se constitui o processo, seja ele administrativo ou judicial, momento a partir do qual se estabelecem as formalidades da relação jurídica derivada da existência de determinada lide.

Dito isso, tida a data de 09/02/2015 como marco de contagem do prazo decadencial, fica estabelecida a data de 09/02/2010 como marco limite da possibilidade de o Fisco poder exigir imposto ou multa derivados de eventual falta de recolhimento de tributo.

A tese recursal, no que pertine à preliminar de mérito, discute a decadência das operações que datam mais de cinco anos, para trás, contados da data em que tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração em apreço.

Sobre este tema, que no seio deste Conselho, não é pacífico, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de Parecer sobre eventual decadência de constituição do crédito tributário, à luz do que dispõe o CTN sobre a matéria, das diversas decisões do STF, bem como da Súmula Vinculante nº 08.

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, quicá 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, 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 e referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 09/02/2010, de fato foram fulminados pela decadência, o que implica na extinção do crédito tributário, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

No caso dos autos, como as ocorrências lançadas no Auto de Infração decorrem de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, teria que ser feita desagregação do valor expresso em cada ocorrência de maneira a que se pudesse apurar o valor correspondente ao período anterior a 09/02/2010, efetivamente alcançado pela decadência.

Nessa linha, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 09/02/2010, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Nesses termos, voto no sentido de ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR suscitada para julgar improcedente o lançamento na parte que inclui as operações anteriores a 09/02/2010.

Vencido por maioria de votos no que pertine à decadência, avanço para os demais pontos levantados no Recurso Voluntário.

Em apertada síntese, aduz o recorrente que uma vez submetida à legislação do Estado de São Paulo, não poderia o Estado da Bahia exigir ICMS nas operações em voga, afirmando, por via transversa que não poderia a Bahia figurar no pólo ativo da querela, configurada a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

A tese recursal, por certo, não pode ser acolhida. Nesse ponto, o disposto nos artigos 150 e 155, da CF/88, os quais deixo de transcrever porque foram citados e transcritos no voto da Decisão recorrida, estabelecem claramente as responsabilidades dos contribuintes em relação à retenção e recolhimento, por substituição, do ICMS, em hipóteses idênticas às dos presentes autos. Nessa mesma linha, também a LC 87/96, dispõe sobre o Regime de Substituição Tributária, consoante prescrevem os artigos 5º a 9º da referida LC, também transcrito no voto da Decisão recorrida.

A legislação da Bahia, Lei nº 7.014/96, amparada da CF/88 e na LC 87/96, também dispõe que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas. Nessa direção, sabido que o Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas ao

regime de substituição tributária, instituído por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, tem como signatário o Estado de São Paulo, Estado que também firmou o Protocolo ICM 19/85, em 29/07/85, para adotar o Regime de Substituição Tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada, do qual o Estado da Bahia também é signatário desde 01/08/1997, por intermédio do Protocolo ICMS 18/97.

Isto posto, não há que se discutir o fato de que o Estado da Bahia é parte legítima na presente lide, restando absolutamente incontestável a possibilidade de exigência fiscal por parte do fisco da Bahia.

Quanto à multa, para a qual o recorrente pede redução, registro que esta Câmara é incompetente para apreciar tal pleito, sendo atribuição da Câmara Superior receber e processar o pedido do recorrente. A afirmativa que aqui se faz, em que pese ter sido revogado o art. 159, do RPAF/Ba, tem fundamento no fato de que o Auto de Infração foi lavrado em momento anterior à edição do Decreto nº 16.032, que passou a vigorar em 11/04/2015 e que revogou o acima referido art. 159 - também a defesa e o Recurso Voluntário foram protocolizados antes da entrada em vigor do referido Decreto.

Em assim sendo, ainda que revogado o art. 159, do RPAF/Ba, entendo que é competência da Câmara Superior a apreciação do pedido de afastamento da multa formulado pelo recorrente.

Por tudo o quanto exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de piso tal como prolatada.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de cadência)

Quero pedir vênias ao nobre relator para apresentar entendimento divergente daquele esposado em seu voto, no que se refere à arguição de decadência, deduzida pela recorrente, nos termos do que passo a expor.

Entendo que não há de ser acolhida a pretensão recursal uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia fixa período decadencial distinto daquele previsto no CTN. De fato, embora este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme § 4º do art. 150.

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

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (grifos acrescidos).”

Acontece que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores), *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;

...”

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 03/07/2013 (data da ciência por parte do sujeito passivo) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no exercício de 2008, o que somente se daria em janeiro de 2014, nos termos do inciso I do art. 107-A, acima citado.

É importante que se diga que a Constituição Federal não proibiu que as unidades federativas legislassem acerca da decadência, apenas atribuiu à lei complementar a competência de emitir “NORMAS GERAIS”, conforme se pode depreender do texto do art. 146, reproduzido abaixo.

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

...
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

...
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
...”

Não há, por isso, vedação a que os entes federativos emitam norma específica acerca da matéria, especialmente na hipótese em que o texto do CTN remete tal mister à lei ordinária.

Qualquer interpretação que implique subtrair aos Estados a competência para editar leis próprias e específicas atentaria contra o princípio federativo, erigido ao patamar de cláusula pétrea da CF/88, conforme § 4º do seu art. 60, reproduzido *in verbis*.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;
...”

A interpretação do art. 146 da Carta Magna precisa ser guiada por uma ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos, de forma a não sacrificar o princípio federativo, em nome de um suposto “garantismo”.

É, portanto, harmônica com o ordenamento jurídico a edição da lei baiana, a qual não se deu no vazio normativo, nem tampouco foi erigida à revelia do Sistema Tributário Nacional, pois guarda consonância com o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conforme já citado.

Considerando que o CTN possui estatura de lei complementar nacional (já que assim foi recepcionado pela CF/88), como tal, dispôs acerca do tema decadencial nos seus artigos 150 e 173, em perfeita harmonia com a regra de reserva legal prevista no art. 146, III, “b” da carta magna.

O legislador complementar exercitou, portanto, em seu art. 150, a prerrogativa que lhe foi conferida pelo texto constitucional, remetendo este ponto específico da matéria para regulação por lei ordinária. Emitiu, assim, uma norma subsidiária, aplicável sempre que não houver regra específica editada pela unidade federada.

Não há, por isso, contrariedade ao texto maior na medida em que o legislador constituinte não vedou a edição de lei ordinária para tratar da matéria, nem tampouco vedou que a LC pudesse remeter a matéria ao legislador ordinário.

Ora, as leis emanadas do poder legislativo (estadual e federal), no exercício regular das prerrogativas conferidas a esse poder, presumem-se constitucionais até que venha a ser declarado em contrário pelo órgão competente para tal, que é o STF. Gozam, por isso, de exigibilidade ampla e irrestrita, sendo vedado que os cidadãos em geral, e os servidores públicos em especial, neguem-lhes aplicabilidade.

Por conseguinte, enquanto a inconstitucionalidade não venha a ser declarada (de forma concentrada), há de se aplicar a legislação vigente, com todas as suas letras.

Ademais, considerando que o legislador estadual editou uma lei, expressamente autorizado pelo CTN, não pode haver declaração de inconstitucionalidade somente da lei baiana, sem que se declare, concomitantemente, inconstitucional o § 4º do art. 150 do diploma normativo já citado, o que atentaria contra o princípio federativo.

E não se diga que a norma estadual contraria a Sumula Vinculante nº 08, emitida pelo STF (como chega a afirmar o relator), pois a sua vinculação guarda pertinência apenas com o enunciado, não sendo possível, ao intérprete, avançar além do seu texto para atingir diplomas normativos outros que não aqueles especificamente ali previstos, quais sejam os dispositivos da Lei de Custeio da Previdência Social. Não há, portanto, qualquer referência à lei baiana, não sendo possível, por isso, afastar a sua incidência, baseando-se, apenas, nas razões de decidir.

Ex-positis, em obediência ao que dispõe o Código Tributário Estadual e em prestígio aos princípios federativo e da presunção de constitucionalidade dos atos legais emanados do poder público, não há que se falar em decadência do direito de lançar na medida em que os valores relativos às competências de 2009 poderiam, ainda, ser lançados até dezembro de 2014, com amparo no do inciso I do art. 107-A do COTEB.

Considerando que o presente auto de infração foi lavrado e registrado em 26/11/2014 (momento a partir do qual ganhou publicidade), afasto a alegação prejudicial de decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **282219.1116/14-1** lavrado contra **ATRAÇÃO FONOGRÁFICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.871,15**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA ATTINA - REPR. DA PGE/PROFIS