

PROCESSO - A. I. Nº 277829.0031/12-7
RECORRENTE - TIOSAM BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0108-05/15
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0012-12/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Saldo Credor já considerado. Infração 5 procedente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS A NÃO CONTRIBUINTE E A PESSOAS FÍSICAS. Diligência efetuada reduz o valor originariamente exigido com a exclusão de contribuintes para efeito do benefício da redução da base de cálculo em 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00. Ausência de comprovação do recorrente que as operações subsistentes faziam jus à redução. Infração 6 procedente em parte. Preliminar de decadência rejeitada. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 03/06/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 196.967,13 (cento e noventa e seis mil novecentos e sessenta e sete reais e treze centavos) em decorrência do cometimento de 06 (seis) infrações.

Em sua defesa inicial o autuado informou que reconheceu e pagou os valores referentes às infrações 1, 2 e 3, e que não as iria impugnar. Adiante, após a realização de diligência e da elaboração de novos demonstrativos, o Defendente realizou o pagamento da infração 4. São, portanto, objeto do presente Recurso Voluntário o remanescente relativo às Infrações 5 e 6.

***Infração 05. RV** – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Relativo ao mês de maio/2007, conforme demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 6.139,40 e multa de 60%;*

***Infração 06. RV** – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em vendas efetuadas a não contribuintes do imposto, contrariando o disposto no Art. 3º-F do Decreto nº 7.799/2000 e em termo de acordo firmado com a SEFAZ, através de processo nº 114585/2006-6, conforme Parecer nº 9443/2006/DAT/METRO e demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 153.798,16 e multa de 60%.*

O Autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 2042 a 2051), impugnando parcialmente o lançamento fiscal.

O autuante apresentou nova informação fiscal face à manifestação apresentada pelo contribuinte (fls. 2122 a 2125), opinando pela manutenção do lançamento.

Em seguida foram realizadas diversas diligências e manifestações, até que a instrução fora concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ªJJF que entendeu por bem, julgar, em Decisão unânime, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a decadência do direito de cobrança dos tributos cujos fatos

geradores ocorreram no exercício de 2007, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2012, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 28/06/2012 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

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 à homologação, será ele de 5 (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.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

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

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2007, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2013. Ultrapasso a preliminar de mérito de decadência.

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01, 02 e 03, pelo que ficam mantidas. Infrações procedentes.

Quanto à infração 04, relativa à falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, onde foi levado em conta o valor das saídas tributáveis, por ser o maior valor monetário, o defendente inicialmente realizou o pagamento parcial do valor exigido, consistente no valor de R\$ 21.058,52. Aponta que a diferença de valores decorreu das perdas normais do processo de industrialização, armazenagem, expedição, e distribuição, cujo índice não foi levado em consideração. Apontou também que não foram consideradas as vendas fora do estabelecimento, e os retornos das que não foram comercializadas. Também reclamou quanto à redução de base de cálculo, no percentual de 55,55% e não de 55,00% a que teria direito.

Em decorrência de inconsistências presentes nos arquivos magnéticos, o processo foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante após a correção, corrigisse possíveis distorções ocorridas no levantamento quantitativo, com conseqüente elaboração de demonstrativos.

Em conseqüência ao pedido formulado na diligência, pela JJF, o autuante efetuou as inserções dos quantitativos dos produtos constantes de fotocópias das notas fiscais que o contribuinte fez juntada a posteriori, às fls. 2062 a 2088. Com tais inserções os valores apurados, constantes dos demonstrativos anexos às fls. 2145 a 2394, resultaram: para o exercício de 2007 (fls. 2145/2146) o montante devido de R\$ 6.294,92 e para o exercício de 2008 (fls. 2300/2301) o montante devido de R\$ 4.803,39.

Após o novo demonstrativo de débito, a sociedade empresária, concordou com os seus valores e promoveu o pagamento, pelo que encerrou o litígio.

Concordo com os novos valores apresentados pelo autuante, após as devidas correções na Auditoria de Estoques, originariamente efetuada, pelo que fica mantida em parte a infração, do que resultou o valor de R\$ 6.294,92 para o exercício de 2007 e de R\$ 4.803,39 para o exercício de 2008. Infração procedente em parte, conforme demonstrativos de fls. 2145/2146 e de 2300/2301.

A infração 05 relativa ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo ao mês de maio/2007, no valor de R\$ 6.139,40 e multa de 60%, foi combatida pelo defendente. Negou o contribuinte que esse valor fosse devido, e pediu a nulidade da infração, sob a alegação de que não lhe teria sido entregue qualquer demonstrativo de débito. Também, que o valor recolhido no mês de maio/2007, teria sido superior ao que está sendo exigido.

Após a análise das razões de defesa, o autuante chama a atenção de que o valor da infração foi extraído do livro Registro de Apuração do ICMS, e que R\$ 6.139,40 corresponde à diferença entre o valor apurado e o recolhido pelo contribuinte no mês de Maio de 2007.

De fato, como pode ser constatado à fl. 59, o imposto a recolher, apurado no livro de Registro e Apuração do ICMS (fls. 57 a 59) totalizou R\$ 12.645,18, como o contribuinte apenas recolheu R\$ 6.505,78, resta a recolher ao erário o valor de R\$ 6.139,40, ora exigido. Dessa forma, como não foi trazida pela defesa a comprovação do pagamento, anteriormente à ação fiscal, fica mantida a infração. Infração procedente.

A infração 06 decorreu do recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, em vendas efetuadas a não contribuintes do imposto, contrariando o Art. 3º-F do Decreto nº 7.799/2000.

O contribuinte firmou o Termo de Acordo com a SEFAZ, por meio do processo nº 114585/2006-6, conforme Parecer nº 9443/2006, e poderá ter sua base de cálculo reduzida em 41,176%, nas operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, e desde que sejam considerados aptos, isto é, sem qualquer restrição cadastral.

O demonstrativo de fls. 41 a 51 do PAF contém CPF e CNPJ de pessoas físicas, particulares ou não contribuintes do ICMS, tais como empresas de arte, de viagens, que adquiriram mercadorias para uso e consumo próprio.

Contudo, após diligência solicitada pela 4ª JF, foram efetuadas exclusões dos contribuintes, cujas cópias de cadastro constam das fls. 2100 a 2116, tais como empresas que atuam no ramo de bar, restaurantes, hotel, dentre outros contribuintes do ICMS. Consoante demonstrativos elaborados pelo diligente, os valores de ICMS passaram a ser de R\$ 78.108,55 (fl. 2548), exercício de 2007 e de R\$ 66.196,58 no exercício de 2008, valores esses que a sociedade empresária ao ser cientificada do resultado da diligência não mais se manifestou. Concorde com os valores apurados pelo diligente. Infração procedente em parte, com ICMS de R\$ 78.108,55, exercício de 2007 e de R\$ 66.196,58 no exercício de 2008. (fl. 2548)

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Rejeitou a preliminar de decadência, sob o argumento de que a legislação tributária do Estado da Bahia fixaria prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida, portanto, a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação;
- ii. Quanto à infração 4, concordou com o novo demonstrativo elaborado pelo i. Fiscal, estabelecendo para o exercício de 2007 o montante devido de R\$ 6.294,92 e para o exercício de 2008 o montante devido de R\$ 4.803,39. Considerou que, como os valores já haviam sido pagos pelo Impugnante, nada mais haveria que se discutir sobre a penalidade;
- iii. Em relação à infração 5, considerou-a procedente, por entender que, como pode ser constatado à fl. 59, o imposto a recolher, apurado no livro de Registro e Apuração do ICMS (fls. 57 a 59) teria totalizado o valor de R\$ 12.645,18, e que, como o contribuinte apenas teria recolhido R\$ 6.505,78, restaria ao mesmo recolher o valor remanescente de R\$ 6.139,40, na medida em que não teria trazido nenhuma prova da quitação desse valor;
- iv. No tocante à infração 6, concordou com o novo demonstrativo elaborado pelo i. Fiscal, estabelecendo para o exercício de 2007 o montante devido de R\$ 78.108,55 e de R\$ 66.196,58 para exercício de 2008, de modo que manteve a infração nesses valores.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 2717/2725)**.

- i. Arguindo inicialmente preliminar de decadência, sob o fundamento de que o i. Fiscal teria feito integralmente a autuação fiscal, de modo que a autuação de datada de 24/01/2013 teria consistido em um novo lançamento. Seguiu afirmando que a própria JF teria se manifestado no sentido de que os créditos constituídos no exercício de 2007 iriam ser alcançados pela decadência a partir do dia 01/01/2013. Dessa forma, concluiu que a JF, por equívoco ou distração, teria considerado, para fins da decadência, a data da autuação do dia 28/06/2012 e não aquela do dia 24/01/2013;
- ii. Em relação à infração 5, arguiu que a diferença apontada no Auto de Infração, entre o valor pago a título do tributo e o valor destacado no livro Registro de Apuração do Recorrente, na verdade teria se dado porque tanto o autuante como a JF não teriam considerado o saldo credor e o crédito do CIAP, que necessariamente deveriam ter sido abatidos na apuração do

montante;

- iii. Quanto à infração 6, afirmou que teria juntado aos autos documentação que comprovaria que todas as vendas teriam sido realizadas para contribuintes, o que permitiria que o Recorrente se beneficiasse do benefício conferido pelo Decreto de nº 7.799/2000.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 2745/2747) opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. A tese decadencial não mereceria prosperar na medida em que haveria na época do lançamento, norma estadual plenamente válida e eficaz que fixava o exercício seguinte como marco temporal inicial da contagem do prazo decadencial, nos moldes do art. 173, I, do CTN;
- ii. Quanto à infração 5, afirmou que os valores apontados derivariam dos próprios registros produzidos pelo Recorrente, bem como que os mesmos teriam considerado os saldos atinentes ao CIAP e o saldo credor existente à época;
- iii. No tocante à infração 6, destacou que teria sido devidamente comprovado no lançamento que inúmeras vendas teriam sido realizadas a não contribuintes, e que o Recorrente não teria juntado aos autos provas que comprovassem o contrário.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela em 03/06/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2012, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 196.967,13 (cento e noventa e seis mil novecentos e sessenta e sete reais e treze centavos) em decorrência do cometimento de 06 (seis) infrações.

São objeto do presente Recurso Voluntário o remanescente relativo às Infrações 5 e 6.

Antes de adentrar ao mérito compete a este relator avaliar a preliminar de decadência suscitada pelo Recorrente, a qual entendo que merece ser acolhida.

Entendo restarem alcançados pela decadência o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos até o dia 03/07/2007.

Toda a problemática no campo do direito tributário ocorre por conta das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

“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”.

Por mais que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar é que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada. 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”:

“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”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela

Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“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).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

“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).

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional.

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

Ainda sobre o tema, como dito acima, o CTN trouxe duas regras no que concerne ao termo *a quo* do prazo decadencial – o art. 173, I e o §4º do art. 150 – competindo ao intérprete decidir quando ocorrerá o lançamento por homologação (no momento da ocorrência do fato gerador) e quando ocorrerá o lançamento de ofício (dilatando o termo *a quo* para o primeiro dia útil do exercício seguinte).

Não há dúvidas 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 até 03/07/2007, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Em que pese todas essas razões, durante anos o Estado da Bahia e este CONSEF andou na contramão do judiciário, aplicando lei completamente inconstitucional. Várias foram as tentativas de representação por parte deste Relator, nos termos do art. 168 do RPAF para que a questão fosse submetida à análise da Câmara Superior, todas indeferidas por voto de minerva do representante da Fazenda Estadual.

O Estado insistiu durante anos em manter o lançamento de créditos que, quando questionados judicialmente foram desconstituídos, obrigando-o ao ônus da sucumbência.

Após mais de 12 (doze) anos de aplicação de uma legislação inconstitucional, o Legislativo Estadual finalmente corrigiu este equívoco, promovendo a revogação do art. 107-A e §5º. do 107-B do COTEB, através da Lei nº 13.199, de 28/11/14.

Ressalte-se que não se trata aqui de uma modificação material na lei efetuada de forma isolada, mas sim um verdadeiro reconhecimento de um erro do legislador baiano.

Negar a sua aplicação imediata além de ferir diversos princípios legais como o da moralidade, da legalidade e da razoabilidade, constitui-se em um ato danoso à administração pública, uma vez que manteria crédito inexistente que certamente acarretará em ônus sucumbencial ao Estado.

Por sua vez, este CONSEF como tribunal administrativo competente para controlar a legalidade dos lançamentos tributários não pode se afastar da realidade legal e aplicar interpretação ilegal apenas por ser mais cômoda ao Estado.

Outrossim, da própria análise sistemática do RPAF, verifico que o próprio art. 168 assegura a aplicação imediata da legislação, se não fosse assim, qual o sentido de se sobrestar o julgamento do processo administrativo até que ocorra a revogação ou modificação de lei ou ato normativo considerado ilegal? Para que sobrestar se não fosse para ser aplicado ao processo já em curso? É exatamente esse o caso.

Assim, voto pelo acolhimento da Preliminar de Decadência suscitada pelo Recorrente, que fulmina integralmente a Infração 5 e parcialmente a Infração 6.

Sendo vencido quanto ao acolhimento da preliminar pelo voto de minerva, passo à análise do Recurso Voluntário quanto às Infrações 5 e 6.

Da análise das razões recursais entendo que as razões recursais não devem ser acolhidas em razão de absoluta falta de provas.

Quanto à Infração 5 o recorrente permanece a afirmar que a diferença exigida decorre da não consideração do saldo credor existente no período, entretanto, o valor lançado foi extraído da própria apuração do contribuinte, a qual já levou em consideração seu saldo credor.

De fato, como pode ser constatado à fl. 59, o imposto a recolher, apurado no livro de Registro e Apuração do ICMS (fls. 57 a 59) totalizou R\$ 12.645,18, como o contribuinte apenas recolheu R\$ 6.505,78, resta a recolher ao erário o valor de R\$ 6.139,40, ora exigido. Infração procedente.

Quanto à infração 6, afirmou que teria juntado aos autos documentação que comprovaria que todas as vendas teriam sido realizadas para contribuintes, o que permitiria que o Recorrente se beneficiasse do benefício conferido pelo Decreto de nº 7.799/2000, mas não foi isso que ocorreu.

Todas as provas de vendas a contribuintes foram consideradas e deduzidas do levantamento quando da realização da diligência, em razão da qual, apesar de devidamente intimado, não se manifestou.

Outrossim, permanece defendendo que todas as vendas foram realizadas para contribuintes mas não traz, em Recurso, qualquer impugnação específica ao valor mantido pela JJF. Não traz uma operação sequer com contribuinte que tenha sido mantida no lançamento.

Em razão disso, entendo restarem aplicáveis os arts. 142 e 143 do RPAF, razão pela qual voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, tão somente para acolher a preliminar de decadência suscitada.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

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

"Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Relativamente à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que decadência é instituto de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS ocorridos antes da vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

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

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 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 equivalente 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.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **277829.0031/12-7**, lavrado contra **TIOSAM BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$162.304,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$151.205,88 e 70% sobre R\$11.098,31, previstas no art. 42, incisos VII, "a", II, alíneas "d", "b" e "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Leonardo Campos Nunez, Denise Mara Andrade Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS