

**PROCESSO** - A. I. Nº 206825.0018/07-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
(TEMES SUPERMERCADOS)  
**RECORRIDOS** - TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (TEMES SUPERMERCADOS) e  
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0056-01/11  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 09/04/2012

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0062-12/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Aplicada a proporcionalidade na forma prevista pela Instrução Normativa 56/2007. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovada a falta de entrega dos arquivos magnéticos solicitados mediante intimação. Infração caracterizada. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Alegação defensiva de que parte do débito exigido nesta infração havia sido objeto de parcelamento posteriormente interrompido não restou comprovada. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2007 para cobrar ICMS, no valor de R\$ 76.580,88, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.848,47, em decorrência do cometimento de seis infrações.

Entretanto, como a sucumbência do Estado só ocorreu na infração 01 e como a irresignação do Recorrente se volta contra as infrações 03 e 05, transcrevo somente tais itens do Auto de Infração:

*1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos meses de janeiro, fevereiro, julho, outubro a dezembro de 2003, janeiro a junho de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 52.627,46, acrescido da multa de 70%;*

3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro 2003, janeiro a julho de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.848,47;

5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de julho de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.684,81, acrescido da multa de 50%;

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 142 a 165, contestando a autuação e informação fiscal às fls. 189 a 193, rebatendo os argumentos defensivos e pedindo pela manutenção do Auto de Infração.

Após a realização de diversas diligências para esclarecimentos e comprovações das alegações defensivas e da acusação fiscal, foram produzidos no presente PAF: a) os Demonstrativos de Cálculos da Proporcionalidade, às fls. 246 a 248; b) os Demonstrativos de Apuração Mensal das Omissões de Saídas apuradas pelas vendas por cartões de débitos/créditos, fls 249 a 250, e; c) Demonstrativo de Débito após diligência fiscal, às fls. 251 a 253.

Concluída a instrução, a 1ª JJF assim proferiu seu voto, *in verbis*:

**“VOTO”**

*O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de 06(seis) infrações à legislação do ICMS.*

*A infração 01, diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

*O levantamento levado a efeito pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, in verbis:*

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

(...)

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

*Ao examinar as peças processuais especialmente a defesa apresentada pelo impugnante, verifiquei que este alegara a existência de erros de digitação por parte da encarregada da digitação, afirmado que em muitas das vendas feitas com pagamento por meio de cartão de crédito/débito, por um mero erro de digitação, ao invés de registrá-las como “vendas realizadas com cartão de crédito/débito”, vinha registrando-as como “cheque pré-datado”.*

*Por considerar razoável e possível a ocorrência sustentada pelo impugnante a matéria foi submetida à discussão em pauta suplementar, tendo a 1ª JJF deliberado pela conversão do processo em diligência à INFRAZ de origem, a fim de que o autuado elaborasse demonstrativo contendo a totalidade dos documentos, com a finalidade de comprovar as suas alegações defensivas. Solicitou-se ainda que, caso o contribuinte atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados.*

*Ocorre que, apesar de o impugnante ter o prazo de defesa de 30 (trinta) dias reaberto, por recomendação do CONSEF e, posteriormente, para atendimento da diligência ter solicitado a prorrogação do prazo de 30 (trinta) dias, o que foi deferido pelo Inspetor Fazendário, simplesmente silenciou.*

*Ora, nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, sendo que, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

*Vale registrar que apesar de o autuado alegar que a ação fiscal não levou em consideração que no ramo de atividade do estabelecimento - supermercado -, a grande maioria dos itens que adquire ou já são tributados antecipadamente por substituição tributária, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros, ou são isentas como frutas, verduras etc, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência, a fim de que o autuado apurasse o percentual da receita oriunda de operações de circulação de mercadorias tributáveis normalmente pelo ICMS*

*na saída, em relação à receita total do estabelecimento autuado nos exercícios de 2003 e 2004 e após elaborasse novo demonstrativo de débito, o que não foi feito.*

*Nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, poderá o preposto fiscal excluir do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.*

*É certo que o autuado teve oportunidade para apresentar dados e informações que permitissem a apuração da proporcionalidade, contudo, não os apresentou, tendo o autuante lançado o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída.*

*Apesar disso, considerando que na defesa apresentada o impugnante suscitara a aplicação da proporcionalidade, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência em nova oportunidade, a fim de que fosse verificada a possibilidade de aplicação da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.*

*O Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, cumprindo a diligência, emitiu Parecer no qual esclarece que apurou a proporcionalidade pelas operações de saídas, elaborando novos demonstrativos com base no livro Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, passando o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 52.627,46 para R\$19.240,13, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 251.*

*Verifico que o diligente apurou a proporcionalidade de forma correta, razão pela qual ratifico o resultado apontado.*

*Diante disso, considero parcialmente subsistente esta infração.*

*(...)*

*Com relação à infração 03, constato que intimado o contribuinte para apresentar os arquivos magnéticos este não apresentou, incorrendo na irregularidade apontada neste item da autuação. Importante registrar que a multa de 1% sobre as saídas se encontra correta, pois prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "g" da Lei n. 7.014/96, não procedendo a pretensão do autuado de que seja aplicada a multa prevista no inciso XX do mesmo Diploma legal.*

*Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.*

*Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que o arquivo magnético será entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio nº ICMS 57/95.*

*Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:*

*"§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas".*

*Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, do mesmo RICMS/97, in verbis:*

*"Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos."*

*Entretanto, observo que o autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrência os meses referentes ao período em que os arquivos deveriam ter sido entregues, quando deveria ter indicado nos campos "Data de Ocorrência" e "Data de Vencimento" a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados, conforme, inclusive a OTE-3005 - Orientação Técnica-Diretoria Planejamento Fiscal-3005.*

*Assim sendo, como o contribuinte tomou ciência da intimação em 31/10/2007,(fl. 18), retifico de ofício a data de ocorrência e vencimento da infração para 05/11/2007, bem como retifico a alínea da multa indicada no Auto de Infração no art. 42, XIII-A, de "g" para "j", pois vigente à época da intimação.*

Vale registrar que não procede a pretensão do autuado de que seja aplicada a multa prevista no Art. 42, inciso XX do mesmo Diploma legal, invocando, nesse sentido, Decisão proferida pela 2ª CJF no julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, assim como o Acórdão nº 0294-12/05, haja vista que as decisões prevalecentes neste CONSEF invariavelmente apontam no sentido de aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, "j".

(...)

No respeitante à infração 05, noto que o impugnante alega que realizou o parcelamento referente ao pagamento do débito desta infração, contudo, por motivo de força maior, o parcelamento foi interrompido, de modo que só parte do débito foi pago, conforme alega se verifica dos DAEs e extratos bancários que anexa (docs. 05 a 11, fls. 179 a 186). Afirma que o autuante não considerou os valores pagos, motivo pelo qual pede revisão fiscal para que tais pagamentos sejam considerados.

Ocorre que, apesar da alegação defensiva de que os DAEs e extratos bancários que anexou comprovam o pagamento de parte do débito parcelado, verifico que não é possível estabelecer uma vinculação entre o alegado pagamento com o débito exigido neste item da autuação com base apenas na documentação apresentada. Vale registrar que também nesta infração o processo foi convertido em diligência, a fim de que o impugnante comprovasse o alegado, porém nada foi apresentado.

Noto que apesar de indicar a multa corretamente no percentual de 50%, o autuante incorreu em equívoco ao apontar no Auto de Infração como prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96, quando o correto é art. 42, inciso I, alínea "a" do mesmo Diploma legal, razão pela qual retifico de ofício o enquadramento da multa.

Diante disso, considero integralmente subsistente a infração.

(...)

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente e as infrações 02, 03, 04, 05 e 06, integralmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela 1ª JJF, consoante previsão legal, devido à desoneração ocorrida na infração 1.

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 285 a 294, cujo cerne é a impossibilidade de retificação de ofício do Auto de Infração em relação às multas das infrações 3 e 5.

Na infração 3, consta aplicação equivocada da multa prevista no art. 42, XIII-A, 'g', alterada de ofício pelo julgamento da primeira instância para o disposto no art. 42, XIII-A, alínea 'j' e na infração 5, foi aplicada erroneamente a multa prevista no art. 42, III, sendo também retificada de ofício para o inciso I, 'a', todos da Lei nº 7.014/96.

Para embasar sua argumentação, fala sobre erro de fato e erro de direito no lançamento tributário, enfocando a jurisprudência e doutrina. Diz que erro de fato é passível de modificação, mas não o erro de direito, afirmindo que juristas como Rubens Gomes de Souza e Gilberto Ulhôa Canto defendem essa tese, vitoriosa no STJ. Explica que erro de fato "resulta da inexatidão ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem à obrigação" e erro de direito "é concernente à incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato".

Assevera que a Administração não pode alegar ignorância da lei, sendo errado onerar o sujeito passivo com uma nova multa, como na presente situação, onde durante todo o processo administrativo, se defendia das multas contidas no Auto de Infração e, na Decisão de primeiro grau, passou a ser cobrado por outras, depois das citadas modificações de ofício.

Nessa esteira, traz à colação lição de Gilberto Ulhôa Canto sobre erro de fato e de direito, o significado no Vocabulário Jurídico de vício de forma e jurisprudência do STJ.

Após essa argumentação, volta a dizer não ser possível a alteração das multas de ofício pela 1ª JJF, "motivo pelo qual elas devem ser consideradas nulas uma vez que não possuem compatibilidade em relação às situações descritas nas infrações nºs 03 e 05". Faz uma digressão sobre ambas as infrações, transcrevendo seus conteúdos para, após, apontar que as multas aplicadas no Auto de Infração não eram adequadas em relação aos aspectos materiais das exações impostas. Conclui sua tese, afirmando que não cometeu, em nenhum momento, as multas previstas no art. 42, XIII-A, 'g', e 42, III da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário, para anular as infrações 3 e 5 diante da impossibilidade de alteração de ofício de erro de direito pela 1ª JF.

O PAF foi dirigido à PGE/PROFIS que determinou o sobrestamento dos autos até a manifestação do Ilustre Procurador Chefe da PROFIS no incidente de uniformização de orientação jurídica nº PGE 2010391236-0.

Em 03.11.11, o ilustre Procurador Geral do Estado, o Senhor Rui Moraes Cruz, em sucinta resposta à solicitação anteriormente elaborada (fl. 275), manifesta-se no Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica de título “*PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO*” afirmando que não foi acolhida a proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009, devendo os processos sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.

Ademais, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolheu a sugestão da Procuradora Chefe em exercício, para que tal Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica retornasse “à PROFIS para que seja elaborada uma 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”.

Após a reposta do Procurador Chefe, foi emitido Parecer da PGE/PROFIS (fls. 300 a 301), da lavra da ilustre procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, fazendo uma breve explanação dos fatos, do Recurso Voluntário e do cerne da questão. Diz que da análise das razões expedidas no Recurso Voluntário, estão “ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido” pois, segundo ela, “verifica-se à saciedade que as imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual e o lançamento atende a todos os requisitos no art. 39, do RPAF/99”, sendo que “a 1ª instância administrativa não alterou o núcleo das infrações fiscais, nem tampouco a configuração do sujeito passivo”. Ao final, pelo não provimento do Recurso Voluntário, com a manutenção da Decisão da JF.

#### **VOTO VENCIDO (Quanto à preliminar de decadência)**

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de anulação das infrações 3 e 5 devido as alterações de ofício realizadas pela 1ª JF na capitulação das respectivas multas.

*Ab initio*, de ofício, passo a analisar a questão preliminar sobre a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação ao presente PAF.

A empresa sustentou em defesa inicial que, no caso em tela, houve a decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram em 2002 e a autuação foi lançada somente em 27.11.2007, ou seja, cinco anos após quase todos os fatos geradores.

Por seu turno, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, 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”.*

Primeiramente, ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento Sumular Vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

*"EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)" (grifo nosso)*

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que **somente o CTN pode prever prazos prespcionais e decadenciais em torno de matéria tributária**, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei, conforme suscitou a i. Procuradora no seu Parecer de fls. 218 e 219.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição

desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da Decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, salta aos olhos que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS às fls. 217, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

*“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, 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 prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”*

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade

de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante 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, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. Agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquira qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispostos sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

*“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.”*

*(...)*

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

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

*“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.”*

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo

aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

*“Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.*

*1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.*

*2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.*

*3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.*

*4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.*

*5. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011”*

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de decadência com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Desse modo, percebo que a caracterização deve advir da lei, caso a caso.

No caso do ICMS, em regra, a apuração é mensal, com lançamento feito pelo contribuinte e homologação posterior dos cálculos e do pagamento pela autoridade administrativa.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 12.12.2002 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançada pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Vencido que fui e superada a preliminar da decadência, passo à análise das razões do Recurso Voluntário interposto.

O recorrido rebela-se contra a alteração de ofício das multas das infrações 03 e 05 ocorrida durante o julgamento de *primeiro grau*. Neste ponto, entendo que não merecem ser acolhidas as súplicas recursais.

Pois bem, o art. 18, II e §1º do RPAF/BA, assim dispõem sobre a intimação do contribuinte em caso de alteração da infração:

*"Art. 18. São nulos:*

(...)

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

(...)

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo. (grifo nosso)"*

Conforme o supracitado mandamento, quando houver necessidade de correções do Auto de Infração, deve o fato ser comunicado ao sujeito passivo, para que este possa, em 10 dias, se manifestar sobre tais alterações, sob pena de nulidade devido ao cerceamento de defesa, segundo estatui o próprio inciso II do mesmo artigo. Entretanto, essa regra é utilizada somente quando há agravamento da infração ou da multa que foi aplicada. Se não for cumprida essa determinação nas situações de aumento do valor do Tributo, haverá um “*error in procedendo*”, que ferirá de morte os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Contudo, no caso em questão, não houve agravamento, mas sim uma mera ratificação formal dos artigos de lei pertinentes ao caso em lide, sem que houvesse alteração no percentual aplicado ao valor do imposto nos levantamentos originários.

Desta forma, não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte do julgador de piso, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Assim sendo, inclino-me no sentido de não dar provimento ao Recurso Voluntário.

Agora, passo à análise do Recurso de Ofício em relação à diminuição ocorrida na infração 01. O lançamento foi efetuado com base no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, devido a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Foi alegado pelo contribuinte de que havia erros no lançamento e que, devido ao seu ramo comercial - supermercado – várias das mercadorias comercializadas estariam sujeitas a tributação por antecipação, fazendo jus à aplicação da proporcionalidade, conforme os termos da Instrução Normativa nº 56/2007. Diante de tais argumentações, a JJF reabriu o prazo de defesa para que a empresa demonstrasse as incorreções dos cálculos elaborados pela fiscalização e, ato contínuo, fosse aplicada a proporcionalidade. Mesmo tendo o sujeito passivo quedado-se inerte quanto à prestação de informações fiscais e contábeis necessárias para elaboração de novo demonstrativo fiscal, somente arguido pela possibilidade do cálculo da proporcionalidade pelas operações de saídas apuradas, os julgadores de *primeiro grau*, na busca da verdade material, novamente diligenciaram neste sentido.

Deste modo, foi feito o Parecer pela INFRAZ ATACADO, fls 254 e seguintes, que com base nos demonstrativos de fls 246 a 248 (Demonstrativos de Cálculos da Proporcionalidade), reduziram o valor original do débito de R\$52.627,46, para R\$19.240,13.

Assim, ante a acuidade dos cálculos apresentados pela fiscalização, que a aplicação da proporcionalidade é um preceito legal e diante do fato de que os demonstrativos e Parecer foram analisados e utilizados pela JJF para reformar a imputação tributária inicial, compreendo como correta a redução efetuada.

Assim sendo, entendo que o Recurso de Ofício não merece guarida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão de 1º Grau, devendo ser homologados os valores porventura já recolhidos.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de decadência)**

Com todo respeito que tenho pelo voto prolatado pelo nobre Conselheiro, *data venia*, ouso discordar do mesmo quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS na presente lide, ou seja, até 12/12/2002.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadenciais alegada pelo recorrente quando da defesa e trazida, de ofício, a esta 2ª Instância pelo nobre relator, e mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo até 12/12/2002. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/03 e se encerra em 31/12/08. O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2007.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, açambarca todos os aspectos ora postos no presente voto.

*Incialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrita, in verbis:*

*“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.” Grifos nossos*

*Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.*

*Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

*No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.*

Diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada, de ofício, pelo nobre relator e, no mérito, alinho-me à sua externada posição.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração, e, por unanimidade quanto aos demais itens, **NÃO PROVER** os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206825.0018/07-1, lavrado contra **TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.** (**TEMES SUPERMERCADOS**), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$43.193,55**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.684,81, 60% sobre R\$15.268,61 e 70% sobre R\$19.240,13, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$26.848,47**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, José Antonio Marques Ribeiro e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Quanto à preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR  
(Quanto à preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS