

PROCESSO - A. I. Nº 380214.0001/09-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e E. C. VELANES & CIA LTDA. (DROGARIAS VELANES)
RECORRIDOS - E. C. VELANES & CIA LTDA. (DROGARIAS VELANES) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF 0109-02/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 04/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0290-12/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Exigência fiscal parcialmente subsistente, após a exclusão no levantamento fiscal, das notas fiscais contendo mercadorias oriundas do Estado da Bahia e de Estados signatários do Convênio 76/94, cuja responsabilidade é do remetente na condição de substituto tributário por força dos citados acordos interestaduais. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A: a) CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO.** Em tais situações, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir as infrações. Não acolhida a preliminar de decadência. Vencido o voto do relator. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2009 para cobrar ICMS, no valor de R\$167.438,56, além de multa, em decorrência do cometimento das seguintes infrações, abaixo transcritas:

Infração 01 - Efetuou o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 e 89. Valor de R\$166.205,19 e multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor de R\$827,73, e multa de 60%.

Infração 03 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor de R\$405,64, e multa de 60%.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir alinhavadas, *in verbis*:

"VOTO

(...)

Desta forma, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls17 a 203.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova da infração impugnada, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Com relação a jurisprudência do CONSEF citada na defesa, a partir do momento que restou comprovado que o lançamento não contém nenhum vício procedimental e que houve observância do devido processo legal, a ementa transcrita não se aplica ao presente caso.

Desse modo, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, e não havendo inobservância aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, eis que, se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, fica rejeitada a preliminar de nulidade em relação à infração 01.

No mérito, observo que das três infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo silenciou em relação às infrações 02 e 03, referente ao ICMS não recolhido, a título de diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo e fixo e ao consumo do estabelecimento. Assim, considero procedentes os débitos nos valores de R\$827,73 e R\$405,64, respectivamente, porquanto não impugnados pelo sujeito passivo.

No tocante ao item 01, com débito inicialmente lançado no valor de R\$166.205,19, a infração imputada diz respeito a acusação recolhimento a menos do ICMS por substituição, referentes às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação e relacionados no artigo 353, II, "13", do RICMS/97 e no Anexo 88 do RICMS/97.

O cálculo do débito encontra-se demonstrado às fls.17 a 203, através do Demonstrativo da Substituição, cujo imposto a recolher foi calculado sobre aquisições de medicamentos e produtos.

A exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo diploma regulamentar, ou seja, na entrada no território deste Estado, salvo se existir regime especial para o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento.

Neste processo, trata-se de contribuinte que comercializa no ramo de produtos farmacêuticos, e o atuado em sua peça defensiva reconhece sua obrigação em recolher o tributo estadual pelo regime de substituição tributária, porém, impugnou a autuação com base nas seguintes alegações de que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal: a) notas fiscais de vendedores com inscrição na Bahia; b) notas fiscais com recolhimento através de GNRE; c) notas fiscais de empresas com inscrição na Bahia, além de apresentarem a GNRE; d) notas fiscais do próprio Estado da Bahia, e e) notas fiscais de outros Estados.

O autuante, por seu turno, por ocasião da informação fiscal acolheu alguns argumentos do atuado e refez o levantamento fiscal, conforme documentos às fls.1.271 a 1.449.

Apesar de o atuado, ao ser cientificado do levantamento feito, não ter apontado erro nos números, reiterando seus fundamentos quando a sua não obrigação como substituto tributário, registro que é correto o entendimento do atuado de foram computadas indevidamente aquisições junto a estados signatários do Conv. 76/94.

Para dirimir esta questão, o processo foi convertido em diligência para que o autuante, adotasse as providências determinadas pelo órgão julgador através do despacho de fls.1.667 e 1.668, qual seja, fossem

excluídas do levantamento fiscal feito as notas fiscais originárias dos estados que mantinham, à época dos fatos geradores, acordo interestadual, atribuindo ao remetente a condição de substituto tributário, bem como as notas fiscais contendo emitentes localizados no Estado da Bahia.

Conforme informação fiscal às fls.1.669 e 1670, o autuante partindo dos levantamentos feitos por ocasião da informação fiscal e constante às fls.1.284 a 1.445, elaborou demonstrativos, separadamente, contendo as notas fiscais cujos emitentes estão situados em outras unidades da Federação e no Estado da Bahia.

Além disso, foi elaborado demonstrativo de débito, mensal, contendo apenas as notas fiscais oriundas dos Estados signatários do Protocolo nº 76/94, observando no período objeto da autuação os Estados que denunciaram ao referido acordo interestadual, apurando um débito no total de R\$108.194,34.

O autuado foi cientificado (fl.1.672) com a entrega do CD (fl.1.671) contendo o levantamento feito, e ao se manifestar limitou-se a ratificar sua defesa anterior, no sentido de sua ilegitimidade passiva para a substituição tributária em questão, por entender que uma vez instituída a substituição cessa o vínculo jurídico-tributário entre o substituído e o sujeito ativo.

Não acolho esse argumento defensivo, pois a exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo diploma regulamentar, ou seja, na entrada no território deste Estado, salvo se existir regime especial para o recolhimento até o dia 25 do mês subseqüente à entrada da mercadoria no estabelecimento.

Desta forma, considerando que o autuante, a pedido do órgão julgador, excluiu do levantamento fiscal inicial as notas fiscais contendo os emitentes localizados no Estado da Bahia e as notas fiscais originárias dos Estados signatários do Convênio ICMS nº 76/94 (PB, SE, AL, ES, RJ, PE, PR, RS (parte do período)), mantendo apenas as notas das fiscais dos Estados que denunciaram ao referido acordo interestadual (SP, MG, DF, SC e RS (parte do período)), e considerando ainda que o autuado não apontou erros nos números no levantamento feito no CD à fl.1.671, concluo que restou caracterizado o cometimento da infração imputada no item 01, subsistindo em parte a infração, em razão das exclusões feitas na diligência fiscal, ficando o débito reduzido para o valor de R\$ 108.194,34.

Sobre o pleito do autuado no sentido de que devem ser abatidos do valor do débito eventual os valores recolhidos pela empresa, ou seja, quanto aos créditos configurados no levantamento, comungo com o autuante no sentido que o pleito do contribuinte deve ser feito através de processo específico, conforme previsto no artigo 101 do RICMS/97.

No que tange às notas fiscais excluídas na revisão fiscal, conforme CD à fl.1.671, oriundas de Estados que são signatários do Convênio ICMS 76/94, em razão da ilegitimidade passiva do autuado, pois o recolhimento da antecipação tributária é de competência dos remetentes das mercadorias, represento a autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas a tais operações.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$109.427,71, ficando o demonstrativo de débito da infração 01 modificado conforme segue (...):

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela i.JJF, consoante previsão legal vigente à época, ante sucumbência do Estado resultante da procedência parcial do Auto de Infração em valores superiores a R\$ 50.000,00.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 166 a 175), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando os argumentos apresentados durante a instrução de primeiro grau, pleiteando e refazendo todos os pedidos já postulados.

Inicia sua argumentação falando sobre a substituição tributária. Alega que a questão "gira em torno da sujeição passiva tributária nos casos em que o Fisco Estadual transmuda ao substituído o dever de comprovar o recolhimento de um tributo, quando, na verdade, tal dever, por lei, foi atribuído ao substituto tributário".

Citando o professor José Eduardo Soares de Melo, entende que na "substituição tributária há imputação de responsabilidade a alguém, por obrigação tributária de terceiro, que não praticou

o fato gerador, mas que tem vinculação indireta com o real contribuinte". Para defender a sua alegada ilegitimidade passiva, explica que na substituição, há vinculação apenas do substituto e não do substituído perante o Fisco, "afastando-se este de eventual batalha administrativa ou judicial". Sustenta também que carrou provas de que houve o correto recolhimento do tributo substituto, agora cobrado em duplicidade do substituído, "de modo que não poderia o Estado, (...), cobrar tributos de um contribuinte situado no seu território, quando, na verdade, transferiu ao substituto o mister de recolher o tributo do substituído". Alega que a falta de fiscalização do substituto não dá azo a cobrança do substituído de tributo sabidamente pago.

Em seguida, referindo-se ao Convênio ICMS 79/94 e o entendimento dos julgadores de primeiro grau sobre o assunto, relata que foram glosados os créditos advindos de várias empresas fora do território da Bahia, por ter havido denúncia do citado Convênio por parte da respectiva unidade federada. Ou seja, nestes casos de denúncia, não deveria ser mais observado o regime do ICMS-ST, mas sim, o recolhimento do imposto através da GNRE. Neste entendimento, afirma que *"a Fiscalização, com a chancela desse órgão de julgamento, glosou todos os créditos de ICMS de empresas que operam com o regime da substituição tributária, cujo convênio fora denunciado pelos Estados, como se o empresário baiano tivesse de acompanhar todos os convênios e as suas sucessivas denúncias, para proceder de modo diferenciado com o seu distribuidor, visto que, não basta a NF, o carimbo do posto, tampouco o pagamento do ICMS-ST na nota. Deveria, sim, exigir, para além disso, a GNRE de cada compra."*

Dentro dessa sistemática da substituição, assevera que se a empresa fornecedora possuísse domicílio na Bahia, com inscrição estadual, não precisaria haver o comprovante da GNRE, uma vez que nas transações estaduais, o instituto da substituição valeria na sua plenitude, sendo toda responsabilidade do substituto. Acrescenta que esse entendimento não foi aplicado para as aquisições realizadas junto à empresa KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA. que tem seu domicílio fora de SÃO PAULO, *"muito embora a mesma tenha inscrição estadual na Bahia, cadastrada como substituta sob n. 75478003, o que faz recair a mesma consequência das vendas realizadas dentro do Estado, qual seja, a desnecessidade de comprovação de GNREs para que a responsabilidade seja transferida à substituta tributária"*. Em outras palavras, afirma categoricamente que não poderia ser glosado dessa empresa pois a mesma tem com inscrição estadual na Bahia, motivo pelo qual não foram apresentados as GNRE's das operações ligadas a essa companhia.

Resume sua tese de defesa dizendo que *"como a empresa KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA tem inscrição na Bahia, ela não tem obrigação de emitir GNRE individual, mas, sim, fazer uma apuração mensal e recolher o ICMS-ST à Bahia. No caso, caberia à SEFAZ/BA fazer uma fiscalização nesta empresa para rever o recolhimento do ICMS, e não imputar à Autuada o dever de pagar um tributo cuja responsabilidade a lei retirou"*.

Finaliza pedindo a) nulidade do Auto de Infração quanto a ilegitimidade passiva e, no mérito, pede b) que seja considerada o pagamento do ICMS-ST de todas as notas da KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA, uma vez que a mesma possui inscrição na Bahia.

Requer também que sejam apresentados todos comprovantes de que os valores cobrados não foram pagos pelas empresas substitutas, com a exibição das GNREs das substitutas, *"pois só o Estado poderá informar à Autuada se os valores cobrados foram ou não pagos pelas substitutas, o que evitaria o pagamento do tributo em duplicidade"*.

Após os autos foram encaminhado à PGE para análise.

Ao exarar o Parecer de fls. 1723 a 1724, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, faz uma breve síntese do Auto de Infração e da irresignação tracejada no Recurso. Entende que não assiste razão ao Recorrente.

Aponta que não foram contestadas as infrações 2 e 3, sendo somente objeto do Recurso Voluntário a infração 1. Entende que a JJF agiu corretamente em não acatar todas as alegações defensivas.

Em relação às questões preliminares, afirma que não há vícios que justifiquem a nulidade pleiteada, pois as planilhas e documentos trazidos aos autos embasam as infrações imputadas, perfeitamente compreendidas pelo autuado, possibilitando integralmente o exercício do direito de defesa.

No mérito da infração 01, vê que as alegações quanto as aquisições provenientes do Estado da Bahia já foram apreciadas pelo diligente e acatadas pela Decisão recorrida, o que resultou na redução do débito originalmente imputado. Assevera que não há qualquer argumento novo capaz de modificara a Decisão recorrida, *"já que restou claro o dever de recolher o ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária por adquirente localizado neste Estado, em operações com contribuintes localizados em unidades Federativas não signatárias com Convênio ICMS 76/94."* Neste ponto, cita e transcreve o art. 353, II, item 13, para embasar sua assertiva.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de nulidade do Auto de Infração e do procedimento fiscal e Recurso de Ofício para análise da redução realizada no julgamento de primeiro grau.

Entretanto, por ser uma questão de ordem pública, faço uma análise sobre a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo consta, alguns dos fatos geradores ocorreram em janeiro e fevereiro 2004 e a autuação foi lançada somente em 31.03.2009, ou seja, cinco anos após os fatos geradores do referido ano.

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 em outros processos neste CONSEF.

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 PROVIDO. 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 PROVIDO. 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 prescricionais 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.

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 do art. 150 do CTN e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está 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, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia em vários PAF's deste CONSEF. 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. A 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 perquiria 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 dispendo 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 extingue-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 31.03.2004 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançada pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Passando a análise da parte decaída, faço o julgamento dos Recursos Voluntários e de Ofício.

O Recurso Voluntário tem como pedidos a nulidade do Auto de Infração pela ilegitimidade passiva e o reconhecimento do pagamento pelo regime do ICMS-ST interna de todas as notas referentes à empresa KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA, uma vez que a

mesma possuiria inscrição estadual na Bahia, apesar do estabelecimento se localizar no Estado de São Paulo.

Quanto à questão da ilegitimidade passiva, depreendo que se trata do cerne do lançamento sobre substituição tributária, devendo ser enfrentada mais adiante, como questão de mérito.

Quanto aos outros assuntos sobre a nulidade do Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos, afastando qualquer vício que macule o lançamento. Da análise dos autos, percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada consoante manda a lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão, houve realização de diligências, alteração substancial da infração 01, com redução do quanto devido e houve a reabertura do prazo de defesa por 30 dias. Portanto, entendo que foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa e o contraditório, não havendo nenhuma mácula no presente procedimento fiscal.

Devo ressaltar que foi afastada a nulidade por cerceamento de defesa com a realização da diligência de fl. 1667. Essa pertinente iniciativa da Junta de Julgamento Fiscal determinou a exclusão das Notas Fiscais cujos emitentes estão localizados no Estado da Bahia. Se não houvesse essa exclusão, trilharíamos o mesmo caminho do Acórdão Nº 0416-01/09 da 1ª JF, que anulou infração similar que cobrava nos seus demonstrativos operações internas e interestaduais, ou seja, naquele caso, a descrição dos fatos e sua capitulação legal apontam a ocorrência de uma infração enquanto o levantamento fiscal englobava duas infrações.

Também andaram bem os julgadores de piso, ao determinar a reabertura do prazo de defesa por 30 dias. Entendo que o saneamento do processo com a exclusão de fatos geradores regidos por outro regime jurídico (substituição interna - art. 352 e seguintes do RICMS/BA vigente à época dos fatos -), acarretou em uma “nova ação fiscal”. Assim sendo, com a reabertura do prazo de defesa, consoante o art. 128 do RPAF/BA, não houve desrespeito aos sagrados princípios do contraditório e da ampla defesa, como também foram respeitados as balizas da eficiência e da instrumentalidade dos atos processuais.

Portanto, afasto o entendimento do Acórdão Nº 0416-01/09 da 1ª JF.

Superadas as questões preliminares, passo a análise do mérito,

Não merece guarida a argumentação quanto a ilegitimidade passiva da Empresa no presente auto. Como bem explanado no voto de base, a exigência da antecipação estava delineada no art. 371 do RICMS/BA-97, vigente à época dos fatos, que determinava a responsabilidade por substituição ao adquirente localizado no Estado da Bahia, salvo a existência de regramento contrário presente em Protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem. Segue o caput do referido artigo 371, *in litteris*:

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Pelo artigo, não resta dúvida que cabia ao Autuado (empresa do ramo farmacêutico) a responsabilidade do recolhimento do imposto por antecipação em relação as mercadorias previstas no art. 353, II, item 13 (produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, especificados no Conv. ICMS 76/94 e no Prot. ICMS 105/09), salvo aquelas advindas de Estados com legislação específica (Convênio ou Protocolo) prevendo a retenção do imposto por parte do vendedor da mercadoria.

Entendo que a diligência de fls. 1667, saneou o processo e atendeu parte dos argumentos trazidos na defesa, tais quais a exclusão de notas fiscais de contribuintes do próprio Estado da Bahia (que são regidos pelas normas da substituição tributária interna - art. 353 e seguintes) e notas fiscais de

contribuintes localizados em Estados signatários do Convênio 76/94 (com responsabilidade do vendedor).

Portanto, a Diligência Fiscal de fls 1669 a 1670, retificando as falhas constantes no demonstrativo de débito inicial, conseguiu apurar o montante realmente devido, retirando os valores que não devem recair sobre responsabilidade do Contribuinte.

Desse modo, vislumbro que não merece guarida a alegação de ilegitimidade passiva da Empresa ora autuada.

Quanto ao argumento de que a empresa KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA ter inscrição na Bahia, e por isso não teria ela a obrigação de emitir GNRE individual, mas, sim, fazer uma apuração mensal e recolher o ICMS-ST à Bahia, devendo o fisco perquirir a esta empresa e não a E. C. VELANES & CIA LTDA, entendo que não há respaldo legal para se sustentar tal assertiva.

Primeiramente, a situação vivida nos autos não pode ser enquadrada em nenhuma das hipóteses do art. 355 do RICMS/BA-97 que afasta a necessidade de retenção ou antecipação do imposto nas operações internas ou nas aquisições de outra unidade da Federação. As vendas realizadas pela Kimberly-Clark à Velanes não configuram nenhuma das exceções dispostas no mencionado art. 355. Também não vejo previsão legal para que empresa situada em outro Estado da Federação, mesmo com inscrição estadual no Estado da Bahia tenha, que apurar o ICMS-ST no regime jurídico de operações internas, ao invés de emitir GNRE, como quer a Empresa recorrente. Pelo contrário, a determinação legal do art. 371 do RICMS/BA é clara em apontar a responsabilidade do adquirente da mercadoria, como responsável tributário pelo recolhimento do imposto, sem contemplar essa exceção de empresa vendedora em outro Estado da Federação, mas com inscrição estadual na Bahia.

Não se observar se o alienante da mercadoria tem ou não inscrição estadual no Estado da Bahia, mas sim se o produto comercializado é ou não contemplado regime jurídico e a natureza da empresa adquirente.

Também é importante mencionar que os produtos comercializados (produtos de higiene, como fraudas e lenços de papel), entre a KIMBERLY-CLARK BRASIL IND E COM. PROD HIGIENE LTDA e E. C. VELANES & CIA LTDA os quais não estão submetidos a convênio ou protocolo de substituição tributária, devem ter o imposto recolhido por antecipação com responsabilidade do adquirente da mercadoria na entrada do estabelecimento.

Art. 355, § 2º As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto no art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V).

Dessa forma, entendo que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

Agora, passo à análise do Recurso de Ofício.

A sucumbência do Estado ocorreu com a redução dos valores originais na infração 1 do Auto de Infração em epígrafe.

Vejo que a redução feita pela 2ª JJF foi acertada, pois se baseia no resultado da Diligência Fiscal (fls 1669 a 1670), onde o Auditor Fiscal, após analisar os documentos trazidos em sede de defesa e observar as regras contidas no art. 371 do RICMS/BA-99 e o Convênio ICMS 76/94, reduziu parcialmente o débito, excluindo do demonstrativo fiscal as notas fiscais com emitentes situados no Estado da Bahia e em Estados signatários do citado Convênio.

Dessa forma, entendo que a infração 1 deve ser mantida conforme julgamento inicial.

Diante do todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício, e, de ofício, voto pelo reconhecimento da decadência para o período anterior a 31.03.2004.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Este voto refere-se à arguição de decadência analisada nos autos deste processo.

A decadência foi arguida de ofício em relação a fatos geradores objeto do Auto de Infração objeto da lide, lavrado em 31/03/2009, mas apenas em relação a fatos dos meses de janeiro e fevereiro do exercício de 2004, dentre outros aspectos 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 artigo 150, §4º, do CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

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 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.

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;

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.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 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 artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, objeto da arguição de decadência, foram relativos a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004 e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2010.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 02/06/2008.

Quanto ao argumento, apresentado em sessão de julgamento, acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

Inicialmente, 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 transcrito, in verbis:

(...)

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.”

Pelo exposto, com a máxima vênia discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator, e voto pelo **Não Acolhimento** da alegação quanto a se ter operado a decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito em relação aos demais períodos, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0001/09-7**, lavrado contra **E. C. VELANES & CIA LTDA. (DROGARIAS VELANES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$109.427,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS