

PROCESSO	- A. I. N° 207160.0007/16-2
RECORRENTE	- SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1 ^a CJF n° 0373-11/20-VD
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18/08/2021

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0174-11/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS POR MEIO DE CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO, SEM NOTA FISCAL. Por força do entendimento exarado no Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0, nas hipóteses de ato omissivo, conta-se o prazo decadencial com base no art. 173, inciso I do CTN. Infração 5 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade por ausência de prejuízo. Corrigida a ementa da decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO ACOLHIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto em face do Acórdão n° 0373-11/20-VD da 1^a CJF do CONSEF que julgou Procedente em Parte o Recurso de Ofício interposto pela 2^a JJF, por maioria, com voto de qualidade do Exmo. Presidente, abordando apenas parte da infração 05 da autuação, referente à qual a decisão de primeira instância teria acolhido a alegação de decadência, com as seguintes características:

Infração 05 (RO) – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$156.926,68, apurada por meio de vendas com uso de cartões, em valores inferiores aos informados pelas administradoras, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Após a instrução processual, esta Câmara assim decidiu sobre esta infração, especificamente:

VOTO

...
Quanto à prejudicial de mérito de decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, eis que a ciência da autuação ocorreu em 27/12/16, inclusive em relação às infrações 10 a 16 (negada pela JJF), relativas ao descumprimento de obrigação acessória, por defender o recorrente que o acessório segue o principal, devendo se aplicar o art. 150, § 4º, do CTN.

Inicialmente, deixo de acolher ao pleito para que a decadência do direito de constituição do crédito tributário abarque todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, pois, por se tratar o ICMS de imposto de competência mensal, os fatos geradores ocorridos até 26 de dezembro de 2011 ainda não haviam sido escriturados nos livros fiscais e tampouco disponibilizados ao ente tributante para homologá-los, razão de não servirem como ponto de partida para a contagem do prazo decadencial, antes do término da dita competência, de modo a ensejar a perda do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, quando da ciência do Auto de Infração em 27/12/2016.

Contudo, em relação às infrações 10 a 16, há de registrar que, nos termos do Parecer da PGE/PROFIS e da jurisprudência deste CONSEF, o prazo de decadência se apura nos lindes normativos do art. 173, I, do CTN, pois, se tratando de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer ou de não fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, não há de se falar em norma relativa à homologação do imposto, conforme prescrito no art. 150, § 4º, do CTN, mas, sim, na aplicação do art. 173 do CTN.

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS que, ao editar o Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0, exerto abaixo transcrito, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN, reporta-se sempre a expressão “ocorrência do fato gerador”, pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de

lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, §2º do CTN.

Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Nesta condição, quanto as penalidades por descumprimento de obrigação tributária acessória e relativas aos fatos inerentes ao exercício de 2011, quando da ciência da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 27/12/2016, não havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN, o qual findava-se em 31/12/2016.

...
INFRAÇÃO 05, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de vendas com uso de cartões em valores inferiores aos informados pelas administradoras, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 (fls. 281/294), a desoneração do valor de R\$156.926,68 para R\$71.250,51 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente aos meses de janeiro a novembro de 2011.

Contudo, no caso de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através das vendas por meio de cartões de crédito/débito, por não haver o correspondente documento fiscal e, em consequência, não ter o contribuinte oferecido tais operações à tributação, inexiste o pagamento do ICMS a homologar.

Sendo assim, o prazo decadencial não se sujeita a contagem prevista no art. 150, § 4º, do CTN, mas sim à regra geral estabelecida no art. 173, I, do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nesta condição, a Fazenda Estadual teria prazo até 31/12/2016 para lançar o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 e, como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 27/12/2016, não havia operado a decadência do direito de constituir o crédito.

Recurso provido para restabelecer valores relativos ao exercício de 2011. Infração 5 Procedente. Modificada a Decisão.

...
VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, discordo do posicionamento adotado pelo i. Relator em relação a não aplicação da decadência nas infrações 05 e 10 a 16, conforme explico a seguir.

Entendeu o nobre relator que, na infração 05, não seria aplicável o art. 150, §4º do CTN, uma vez que “no caso de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através das vendas por meio de cartões de crédito/débito, por não haver o correspondente documento fiscal e, em consequência, não ter o contribuinte oferecido tais operações à tributação, inexiste o pagamento do ICMS a homologar.”.

Ademais, no pertinente às infrações 10 a 16, relativas a descumprimento de obrigações acessórias, entendeu pela aplicação do art. 173, I do CTN, ao afirmar que: “... o prazo de decadência se apura nos lindes normativos do art. 173, I, do CTN, pois, se tratando de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer ou de não fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, não há de se falar em norma relativa à homologação do imposto, conforme prescrito no art. 150, § 4º, do CTN, mas, sim, na aplicação do art. 173 do CTN.”.

Por se tratar o ICMS de um imposto por homologação, a aplicação adequada para o caso em comento seria do art. 150, §4º do CTN, o qual entende como início do prazo da decadência a data da ocorrência do fato gerador. Vejamos dispositivo abaixo transscrito:

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.

Assim, considerando o fato gerador o Termo Inicial da contagem do prazo decadencial de exigência fiscal por parte do Fisco, não devem ser exigidos pela Autoridade Fiscalizadora as ocorrências relativas ao período de janeiro a novembro de 2011.

A PGE, em incidente de uniformização nº PGE 2016.194710-0, reconhece a aplicação do art. 150, §4º do CTN para a contagem do prazo decadencial. Vejamos abaixo o entendimento firmando:

“6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.”

Em que pese louvar o avanço de posicionamento por parte da PGE sobre a matéria, discordo desta linha limitada da aplicação do §4º do art. 150, por defender o entendimento de que o pagamento por si só do ICMS não é o fator determinante da aplicação da referida norma.

Como já dito anteriormente, sendo o ICMS um imposto por homologação, de apuração mensal, condicionar a aplicação do art. 150, §4º do CTN ao pagamento seria desconsiderar a própria natureza de tal tributo.

Este posicionamento foi brilhantemente abordado pelo i. Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, momento em que aproveito para colacionar um trecho do voto por ele proferido quanto à decadência. Vejamos:

(...)

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 vénia, que tal definição é extremamente 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 prazo decadencial 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. Desse modo, percebo que a natureza jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., 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.” (grifo nosso).

Assim, por tudo quanto exposto, entendo pela aplicação da decadência nos moldes do art. 150, §4º do CTN tanto na infração 05 quanto nas infrações 10 a 16, razão pela qual NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

Regularmente intimado, o contribuinte apresentou Pedido de Reconsideração, da forma a seguir indicada.

Preliminarmente, aponta a existência de erro material na ementa do acórdão recorrido, pois, em relação à citada infração 05, de forma conflitante com o restante do conteúdo da decisão, consta que foi “mantida a Decisão recorrida”, quando a conclusão indica o “provimento parcial do Recurso de Ofício, em decisão por maioria. Pede, então, a correção do erro material com a reabertura do prazo recursal, mediante nova intimação.

No mérito, após transcrever o teor do voto divergente proferido por esta Câmara, sustenta que o pagamento por si só do ICMS não é o fator determinante da aplicação da norma”, até mesmo porque, no caso em tela, não se pode afirmar na “ausência de pagamento”, tendo em vista que, nos meses de janeiro a novembro a Autuada apurou e pagou as quantias que entendeu devidas, deixando de considerar, segundo a acusação fiscal, as quantias pertinentes às operações indicadas no AI, sendo, então, hipótese de “apuração e pagamento a menor”, cujas diferenças, inclusive, foram apuradas “por presunção”. Transcreve acórdãos do CONSEF para reforçar a possibilidade de acolher a decadência em hipóteses semelhantes.

Conclui protestando pelo provimento do Pedido de Reconsideração para restaurar a decisão da

JJF que acolheu a decadência da constituição do crédito tributário correspondente à infração 05 no período de janeiro a novembro de 2011.

Recebidos os autos, foram a este Relator para apreciação.

VOTO VENCIDO

Conheço do recurso porque atendidas as formalidades legais.

Inicialmente, entendo que assiste razão à contribuinte quanto ao erro material contido na ementa do acórdão reconsiderando. De fato, houve a modificação da decisão de primeiro grau quanto à infração 05, ao contrário do que constou na ementa, haja vista que a Câmara afastou a decadência que havia sido acolhida pela Junta de Julgamento Fiscal.

Entretanto, entendo que não há necessidade de pronunciar a nulidade se a decisão de mérito beneficiar a parte a quem aproveita, conforme parágrafo único do art. 155 do RPAF, além de não haver prejuízo para a contribuinte, cabendo apenas a mera correção do erro material que poderia ser realizada até mesmo em sede de embargos de declaração conforme inciso I, do art. 1022 do CPC, motivo pelo qual indefiro o pedido de nova intimação e reabertura do prazo recursal, reconhecendo, todavia, o erro material na ementa do Acórdão nº 0373-11/20-VD da 1ª CJF para que onde se lê, em relação à infração 05, “mantida a Decisão recorrida”, leia-se: “modificada a Decisão recorrida”.

Quanto ao mérito, a pretensão recursal diz respeito à decadência dos créditos tributários correspondentes ao período de janeiro a novembro de 2011, uma vez que a intimação da autuação somente foi recebida em 26/12/2011.

Assim, mantendo a coerência com o posicionamento adotado em situações semelhantes já julgadas por esta Câmara, entendo que deve ser aplicado o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN, de modo a se privilegiar a interpretação que se revela mais adequada, do enunciado nº 555 da Súmula do STJ, abaixo destacado:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. (Súmula 555, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015)

Com efeito, a análise dos acórdãos que lhe serviram de paradigma permite compreender que o critério utilizado para aplicar o artigo 173, inciso I, do CTN, foi a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, havendo pagamento, **ainda que parcial**, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, §4º do CTN.

Destaque-se, neste sentido, com grifos nossos:

[...] deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN[...].” (AgREsp 1277854 PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 18/06/2012)

[...] a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. À luz do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre, inexistindo declaração prévia do débito [...]” (REsp 1344130 AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 05/11/2012)

A jurisprudência atual segue esta linha, conforme aresto a seguir transscrito, com nossos grifos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N° 3 DO STJ. DECADÊNCIA. PAGAMENTO PARCIAL CONSIGNADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. PREMissa FÁTICA EXPRESSA NO ACÓRDÃO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N° 7 DO STJ. AFASTAMENTO DO RESP N° 973.733/SC. IPI. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA DAS DIFERENÇAS NÃO DECLARADAS. TERMO A QUO EM CASO DE PAGAMENTO PARCIAL. FATO GERADOR. CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINTO PELA DECADÊNCIA. 1. Adotando-se a premissa fática do caso concreto, expressamente ventilada no voto vencedor do acórdão recorrido - o que afasta a incidência da Súmula n° 7 do STJ -, é de se reconhecer que, havendo pagamento parcial, a decadência para constituir a diferença não declarada e não integrante do pagamento parcial tem como termo a quo a data do fato gerador, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o entendimento fixado na Súmula n° 555 do STJ e no REsp n° 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, segundo o qual o prazo decadencial segue o disposto no art. 173, I, do CTN quando, a despeito da previsão legal, não há pagamento antecipado em caso de tributo sujeito a lançamento por homologação.

2. Na hipótese dos autos, os fatos geradores ocorreram no período de fevereiro e março de 2002, de modo que o lançamento de ofício realizado em 25 de junho de 2007 extrapolou o prazo de 5 anos contados dos fatos geradores, estando o crédito tributário extinto pela decadência.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no AREsp 1229609/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018)

O raciocínio é coerente, pois, a declaração com ou sem o recolhimento espontâneo do tributo, ainda que parcial, disparam a contagem do prazo de homologação tácita a qual alcança toda a obrigação correspondente ao período, pois, aquilo que já se encontra quitado pelo pagamento, não pode ser considerado como pendente de homologação e o crédito declarado, sem pagamento, constitui definitivamente a dívida, de modo a não mais se falar em decadência.

Dito de outro modo, a “homologação tácita” não se restringe ao que foi declarado, notadamente, quando recolhido. Este crédito já se encontra extinto pelo pagamento ainda que persista condição resolutória (art. 150, § 1º c/c art. 156, inciso I do CTN). Esta condição é exatamente o ato administrativo de homologação, que deve ser praticado no prazo decadencial, por considerar aquele o período que a fiscalização dispõe para encontrar elementos que possibilitem efetivar um lançamento complementar de ofício. Logo, “homologação tácita” é a consolidação da declaração prestada pelo contribuinte como representativa de todas as operações realizadas naquele período correspondente, sobretudo porque a Fazenda Pública silenciou no período legal previsto no § 4º do art. 150 do CTN, salvo na hipótese de dolo, fraude ou simulação, devidamente comprovados.

Este é, inclusive, o entendimento que se extrai do item “c” da Nota 1, do Incidente de Uniformização da PGE/BA nº. 2016.194710-0, segundo o qual a aplicação do art. 173, I, do CTN ocorre quando “*o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*” (grifos nossos). Não havendo, no presente caso, qualquer demonstração e, muito menos, comprovação da ocorrência dos mencionados ilícitos, não há como afastar a incidência da norma.

Com o devido respeito, entendo também ser necessário esclarecer o entendimento que compreendo mais adequado acerca da orientação uniformizada expedida pela PGE/BA, a pretexto de uniformizar tese jurídica sobre o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

O Incidente de Uniformização já mencionado promove uma restrição na eficácia da Súmula Vinculante nº 8, não pretendida pelo Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos dos precedentes que lhe sustentam (RES 556.664/RS, 559.882/RS, 559.943/RS e 560.626/RS).

Nos debates acerca da modulação dos efeitos do julgado, a proposta formulada pelo Min. Gilmar Mendes e acatada pela maioria foi a seguinte:

“[...] Diante da repercussão que o assunto envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto.

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

*Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº. 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº. 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, **ex nunc**, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.”* (g.n)

Como fica claro, a eficácia *ex tunc* (retroativa) da Súmula Vinculante somente não atinge os créditos já recolhidos, administrativa ou judicialmente, **salvo se a ação tenha sido ajuizada antes da conclusão do julgamento**, raciocínio também aplicado às eventuais ações de repetição de indébito.

Em outras palavras, somente os créditos que já fossem objeto de execução fiscal ou de ação de repetição de indébito é que não poderiam ser atingidos pelo entendimento firmado naquele momento. Observe-se que, na esfera administrativa, apenas aqueles efetivamente recolhidos e não abarcados por eventual pedido de restituição é que não poderiam mais ser reclamados. Trata-se, inclusive, de proposta inédita de modulação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na época, conforme noticiou a Corte (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91116&caixaBusca=N>. Acesso 23 fev. 2021).

Logo, não é a data do fato gerador que define o alcance da decadência, como pretende a PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, para fins de aplicação do entendimento sumular, **mas a data da distribuição da execução fiscal ou da ação de repetição do indébito**. Pensamento contrário acabaria por conceder ao órgão estadual a competência para restringir a eficácia da Súmula Vinculante nº 8, o que não me soa razoável, com todo o respeito.

Portanto, a meu ver, considerada a lavratura do Auto de Infração em 26/12/2011, encontram-se fulminados pela decadência os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos antes desta data como decidiu a JJF, afinal, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, uma vez iniciado o prazo de decadência, este não se suspende e nem se interrompe (STJ, EREsp 1.143.534/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/03/2013), de maneira que nem a data em que o contribuinte foi notificado do início de fiscalização possui interferência no *dies a quo* decadencial.

Deste modo, voto por DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reconsideração para modificar o acórdão lavrado por esta Câmara e restabelecer a decisão de primeiro grau na parte que reconheceu a decadência em relação à Infração 05 da autuação.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

Quanto à alegação de nulidade, denego, pois o erro material identificado na ementa do acórdão recorrido não trouxe qualquer prejuízo à compreensão da decisão, por parte do Sujeito Passivo, o qual não somente acessou o conteúdo do acórdão, mas também apresentou Pedido de Reconsideração, deduzindo alegações que evidenciam a perfeita compreensão e alcance da decisão.

No mérito, trata-se de conduta descrita como “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$156.926,68, apurada por meio de vendas com uso de cartões, em valores inferiores aos informados pelas administradoras, ...*”.

Ora, como bem pontuou a Decisão recorrida, trata-se de ato omissivo caracterizado pela obtenção de receitas sem a emissão das notas fiscais respectivas, subtraindo, ao fisco, a possibilidade de tomar conhecimento imediato da ocorrência do fato gerador e da consequente obrigação tributária.

Nessas hipóteses, o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 firmou o entendimento de que se deve aplicar a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I do CTN, conforme se depreende da leitura na Nota 1, abaixo transcrita.

“Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando: ... b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável (grifo acrescido);”

Assim, entendo que se afigura adequada a Decisão recorrida, devendo-se fazer a contagem do prazo decadencial não a partir do fato gerador, mas tomando-se por base o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido feito, conforme se extrai do dispositivo legal abaixo transcrito.

“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;
...”*

Do exposto, Conheço e Não Acolho o Pedido de Reconsideração proposto, retificando o erro material contido na ementa da decisão *a quo*, a qual fez referência indevida à manutenção da decisão da JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **CONHECER** e **NÃO ACOLHER** o Pedido de Reconsideração proposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207160.0007/16-2**, lavrado contra **SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$442.591,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$285.665,17 e 100% sobre R\$156.926,68, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “d”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$161.834,09**, previstas nos incisos XIII-A, alíneas “e” e “j”, XIV, XV, alíneas “d” e “h” e XVIII, “c” da referida Lei, com os acréscimos previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores oferecidos em parcelamentos de débitos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira, José Roservaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS