

**PROCESSO** - A. I. Nº 206855.0006/07-9  
**RECORRENTE** - TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0056-05/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 29/06/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0138-12/12

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Imputação parcialmente elidida por comprovação de pagamentos anteriores à ação fiscal. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não tendo havido retenção por parte do remetente, ou essa tendo sido feita a menos, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infrações não elididas. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Demonstrativo indica não recolhimento do imposto. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO FISCAL. ICMS LANÇADO EM DECORRÊNCIA DE FALTA DE REGISTRO DE OPERAÇÕES EM LIVROS FISCAIS. Trata-se de contribuinte enquadrado, à época dos fatos objeto da imputação, no regime simplificado de apuração de ICMS denominado SimBahia. Por conseguinte desobrigado de escrituração dos livros fiscais Registro de Entradas e Registro de Saídas, pelo que não cabia a exigência de imposto em razão de operações não escrituradas nestes livros. Imputação improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Decisão unânime. Rejeitada a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206855.0006/07-9, lavrado em 21/12/2007 para exigir ICMS no valor de R\$142.805,60, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1.** Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Meses de janeiro a abril/2002, e de junho a agosto/2002. Demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 10 a 27. ICMS no valor de R\$5.428,81, acrescido da multa de 50%.

**INFRAÇÃO 2.** Recolhimento a menos do ICMS devido por substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Meses de

janeiro e de junho/2002. Demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 28 a 32. ICMS no valor de R\$799,13, acrescido da multa de 50%.

INFRAÇÃO 3. Recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Meses de janeiro a março/2002, e de maio a agosto/2002. Demonstrativo fiscal à fl. 33, demais documentos relacionados pelo Fisco às fls. 34 a 79. ICMS no valor de R\$26.495,29, acrescido da multa de 50%.

INFRAÇÃO 4. Falta de recolhimento do ICMS devido 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 do RICMS/BA. Meses de setembro, novembro e dezembro/2002. Demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 80 a 89. ICMS no valor de R\$2.767,70, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Mês de outubro/2002. Demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 90 a 94. ICMS no valor de R\$527,14, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Meses de setembro a dezembro/2002. Demonstrativos fiscais às fls. 95 a 103 (volume I) e às fls. 551 a 553 (volume III); cópias de notas fiscais às fls. 104 a 550, e às fls. 554 a 603. ICMS no valor de R\$106.787,53, acrescido da multa de 70%.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 604 (volumes I a III), documentos que consistem em índice de documentos e demonstrativos fiscais (fl. 07), demonstrativos do levantamento fiscal realizado, tanto em papel quanto em mídia CD, cópias de notas fiscais, Termos de Intimação e de Início de Fiscalização. Às fls. 34 a 39, documentos referentes a denominado, pelo autuante, “Relatório de Revisão de Procedimentos de Fiscalização”.

À fl. 03 do Auto de Infração, recibos de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos demonstrativos fiscais e do Auto de Infração.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 608 a 613 (volume IV), em apertada síntese inicialmente alegando que se defendia do Auto de Infração entregue “indevidamente” a funcionária da empresa. Em seguida, dentre outros pontos argumenta que os valores lançados no Auto de Infração ora em análise já teriam sido cobrados por meio de outro Auto de Infração anteriormente lavrado, de nº 088299.0007/06-0 - cuja cópia o sujeito passivo anexa às fls. 632 a 635 - o que caracterizaria, em seu entender, bitributação e *bis in idem*. Conclui pedindo o julgamento pela improcedência da autuação. Junta documentos às fls. 614 a 637.

O autuante presta informação fiscal às fls. 639 e 640 (volume IV) contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Dentre outros aspectos destaca que o Auto de Infração anteriormente lavrado tratava dos exercícios de 2001 a 2005 e o Auto de Infração atual só traz fatos de 2002. Que das seis infrações ora em foco apenas uma, a imputação 3, teve o mesmo fulcro de imputação [Infração 1] do Auto de Infração anterior, cuja cópia o contribuinte anexara às fls. 632 a 635, mas que a infração 3 do presente Auto de Infração refere-se apenas a uma diferença de imposto de período que não foi cobrada no Auto de Infração precedente. Declara que conforme demonstrativo de débito da infração, juntado à fl. 33, os valores apurados no Auto de Infração anterior teriam sido devidamente excluídos na presente autuação. Aduzindo não haver a alegada duplicidade, ratifica a infração 3, salientando que as demais infrações não teriam sido contestadas pelo autuado.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0056-05/08, às fls. 645 a 647. Em seu voto assim se expressa o digno Relator de primeiro grau:

**VOTO**

*O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$142.805,60, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, em razão de seis infrações. Verifico que as infrações estão devidamente sustentadas documentalmente nos autos da seguinte forma: infração 1: demonstrativo de fls. 10 e 11 e cópias das notas fiscais de entradas, fls. 12 a 27; infração 2: demonstrativo de fl. 28 e cópias das notas fiscais de entrada de fls. 29 a 32; infração 3: demonstrativo de fl. 33 e documentos instrutórios de fls. 34 a 79; infração 4: demonstrativo de fl. 80 a 89; infração 5: demonstrativo de fl. 90 e cópia das notas fiscais de entrada de fls. 91 a 94; infração 6: demonstrativos de fls. 95 a 103 e cópia das notas fiscais de saída fls. 104 a 603.*

*De fato, o impugnante não adentrou no mérito das infrações vez que a defesa apresentada pelo autuado não opõe contraprova direta às infrações, se limitando à arguição de que os valores do ICMS do presente auto, por se referirem a datas de ocorrência dentro do exercício de 2002, que também constam da infração 1 apurada no Auto de Infração nº 088199.0007/06-0, estariam sendo lançadas em duplicidade e, exclusivamente por este aspecto, o lançamento seria improcedente.*

*Pela análise dos autos, verifico que este não é o caso. O lançamento de ofício é claro, objetivo, bem consubstanciado documentalmente, contendo demonstrativos cujas cópias foram entregues ao autuado como comprova o recibo oferecido na fl. 3 e documentos que subsidiam a autuação, bem como foi elaborado atendendo às normas regulamentares. Nos aludidos demonstrativos foram relacionadas às notas fiscais de compras e o autuante juntou diversas cópias das notas fiscais neles relacionadas.*

*Não há que confundir os valores relativos ao exercício de 2002 lançados no Auto de Infração nº 088199.0007/06-0 (cuja cópia foi juntada aos autos pelo próprio autuado), com os valores relativos a esse mesmo exercício integrantes do presente Auto de Infração simplesmente porque, como se pode perfeitamente ver no demonstrativo de débito de fl. 33, precisamente na coluna A-I, os valores referentes aos meses de março, maio, junho, julho e agosto, já constantes do auto anterior, foram deduzidos na apuração do valor devido na infração 3 que se refere a recolhimento a menos de ICMS na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado de apuração de ICMS-SimBahia, não tendo, por isto, que falar em duplicidade de autuação de mesmo valor. Ademais, os documentos apresentados junto com a defesa não fazem prova de pagamento do imposto exigido na presente autuação.*

*Observe que o relatório de fls. 36 a 39 descreve pormenorizadamente a fundamentação material para a lavratura do auto no que se refere à infração 3, apontando os roteiros de auditoria efetuados e as divergências encontradas entre os documentos do autuado, suas declarações e impostos recolhidos.*

*Quanto ao argumento apresentado na defesa de que em momento algum infringiu os dispositivos dos arts. 391-A, 371, 125 c/c o art. 61 do RICMS-BA, tal afirmativa se constitui em mera negativa do cometimento das infrações o que, conforme o art. 143 do RPAF não desonera o sujeito passivo de elidir as infrações, vez que não apresentou contraprova capaz de elidir a infração.*

*Tendo em vista que o contribuinte, para comprovar sua afirmação de regularidade tributária, tendo a posse, deveria carrear aos autos provas documentais, apenas afirmando que recolheu o imposto com regularidade acolhe os termos do art. 142 do RPAF/BA o qual reza que 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. Portanto, concluo pela subsistência das infrações.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 659 a 669, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária e alegando, em síntese, que o “Acórdão no Voto” teria sido omissis porque não teria julgado os efeitos da prescrição descritos na impugnação, fato que já aduz que configuraria a improcedência total do Auto de Infração. Resume o teor das imputações. Repete a alegação, já externada na impugnação, quanto a que a “Notificação” teria sido entregue a “pessoa não autorizada para tanto”, e porque o Auto de Infração conteria equívocos.

Relata que a “autuação fiscal tem seu foco principal no item 6 do Relatório, sob a alegação de que o autuado teria deixado de recolher ICMS referentes a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no absurdo valor de R\$106.787,53 (cento e seis mil setecentos e oitenta e sete reais

e cinquenta e três centavos). Contudo, não observou o Ilustre Relator que o Regime Tributário da Empresa em 2002, era SimBahia - PP, e àquela época, as MICROEMPRESAS estavam dispensadas da obrigatoriedade de manter Escrituração Fiscal e Contábil, de acordo com a Lei nº 7.357/1998 regulamentada pelo Decreto nº 7.466/98 (Legislação do SimBahia). Por este motivo não pode prosperar o Acórdão JJF 0056-05/08, por ser totalmente INCONSISTENTE e NULO.”

O recorrente passa a falar que não teria havido descrição pormenorizada da “*fundamentação material para lavratura do Auto impugnado*”, e copia as imputações. Afirma que o Auto de Infração seria nulo.

Aduz que a lavratura do Auto de Infração ter-se-ia dado de maneira irregular porque teria havido convocação extra-oficial a “*pessoa alheia aos interesses fiscais e contábeis da Empresa, para que comparecesse à Inspetoria da Fazenda da Barros Reis, pois, segundo lhe foi informado, a Autoridade Autuante pretendia apenas esclarecer-lhe quais pendências e qual tipo de fiscalização seria feita na Empresa. O Auditor Fiscal João Emanuel Brito Andrade esclareceu à Sra. Adilza, que a intenção da diligência era apenas transmitir aos sócios-administradores quais medidas deveriam ser adotadas, fato que pode ser provado com a assinatura aposta no Auto de Infração ora hostilizado, além dos documentos comprobatórios anexados nesta oportunidade. Assim, induzindo a Sr. Adilza a erro, o Preposto da SEFAZ solicitou que a mesma recebesse o Auto de Infração, sem sequer ter o cuidado de exigir qualquer Procuração e ou Carta de Preposição desrespeitando o quanto previsto no Art 39 do RPAF, que estatue: (...)*”. Aduz que apenas os sócios-administradores da empresa, cujos nomes cita, poderiam ter sido destinatários da “Notificação” do Auto de Infração.

Diz que não teria sido disponibilizada a totalidade da documentação relativa à autuação, o que lhe teria cerceado o direito de defesa. Copia o 966, §1º, do RICMS/BA, e fala que apenas a citação pessoal poderia ter interrompido o “prazo prescricional”.

Afirma que “*Aliado à nulidade absoluta do Auto de Infração, em razão da entrega a pessoa inabilitada, observa-se que as cobranças ali contidas encontram-se ABSOLUTAMENTE ATINGIDAS PELO PRAZO PRESCRICIONAL, pois o período fiscalizado estendeu-se de 01 de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2002, de maneira que a Secretaria da Fazenda somente possuía prazo até 31 de dezembro de 2007 para cobrá-lo de maneira idônea.*” Cita o artigo 18 do RPAF/99.

Reprisa a alegação defensiva quanto à duplicidade de cobrança do mesmo débito em Autos de Infração diversos. Cita texto de Decisão que informa ser do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, pugnando pela improcedência de duplicidade de autuações.

O recorrente elabora tabela citando dados relativos às datas de ocorrência da Infração 1 do Auto de Infração ora em análise e dados de arrecadação.

Passa a falar das Infrações 02, 04 e 05 aduzindo que “*Esta infração não pode prevalecer, por se tratar de mercadorias previstas no convênio ICMS 76/94. Faltou a análise do Auditor que os produtos descritos nas notas fiscais não perfazem da descrição conforme NCM, previstas no art. 353 (...) II – 13, do RICMS, onde cabe a responsabilidade da retenção e recolhimento do estabelecimento fornecedor de tais produtos, caso fosse devido.*”

Quanto à Infração 3, o recorrente aduz que o débito lançado no Auto de Infração em exame teria sido objeto da infração 1 de Auto de Infração anterior, lavrado sob nº 088299.007/06-0. O Recorrente elabora tabela à fl. 667 dos autos e diz que para esta imputação somente seria devido o imposto no valor de R\$462,98.

No que tange à Infração 6, o sujeito passivo aduz que a causa de nulidade se encontra no próprio enunciado da imputação, que consigna “*...Deixou de recolher,no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente a operações não escrituradas nos livros próprios.....*”. Aduz que “No exercício em questão (2002), a Empresa era optante pelo REGIME SIMBAHIA, na condição de PP, estava

dispensada da obrigatoriedade de manter Escrituração Fiscal e Contábil, de acordo com a Lei nº 7.357/1998 regulamentada pelo Decreto nº 7.466/98 (Legislação do SimBahia), fato não observado pelo autuante e pela 5ª Junta. Por este motivo não pode prosperar o Acórdão JF 0056-05/08 também no tocante a referida Infração. A forma de apuração e pagamento do seu ICMS, é baseado na RECEITA BRUTA (Parágrafo 1º art. 384-A do RICMS/97). Os RECOLHIMENTOS referentes aos meses de SETEMBRO DE 2002 A DEZEMBRO/2002, já foram recolhidos. Aduz que as diferenças já teriam sido cobradas no Auto de Infração anterior já mencionado, de nº 088299.0007/06-0, e elabora tabela a respeito.

Afirma que diante do relatado e demonstrado esta Infração é insubsistente nos termos do art. 18, IV, do RPAF/99, que reproduz. Reprisa os argumentos anteriores acerca de duplicidade de cobrança de imposto. Aduz não entender lícito que *“a Administração Pública submeta o contribuinte a intermináveis auditorias e autuações referentes ao mesmo exercício financeiro.”*

Afirma que ao *“contrário do que afirma o Relator da 5ª Junta de Julgamento Fiscal no seu voto precisamente às fls. 03, o Contribuinte não só vem esclarecendo o fato desde a apresentação de sua Defesa Prévia, como também disponibilizou ao Preposto Fiscal todos os livros e documentos fiscais para o seu completo levantamento, inclusive os DAE's – Documentos de Arrecadação Estadual. Além do mais, o autuado jamais apresentou comportamento que viesse obstaculizar o trabalho do autuante, estando sempre a disposição para prestar informações, e não sabendo o porquê, de terem sido desconsideradas todas as ponderações que vêm sendo feitas por esta. Portanto, não pode prosperar a afirmativa do Julgador quando alega que houve recusa do Contribuinte em comprovar fato controverso com elemento probatório para concluir pela subsistência das infrações, por isso fica também rejeitada tal afirmativa, haja vista que não tem a menor procedência o Auto de Infração em comento.”*

O Recorrente conclui pedindo o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário interposto, com a reforma do Acórdão de primeiro grau, arguindo que o Auto de Infração teria sido totalmente atingido pela prescrição; afirma que incabível seria a aplicação da multa em face da inexistência de fato gerador que desse embasamento à acusação fiscal; pede que seja considerado improcedente o Auto de Infração, que aduz ser também eivado de vícios formais irremediáveis, que o levariam à nulidade.

Requer que seja declarada a ocorrência de duplicidade de autuação no Auto de Infração sob exame, reformando o Acórdão JF nº 0056-05/08, e no mérito requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração nº 206855.0006/07-9. Requer também provar o alegado por todos os meios de prova inscritos ou não defesos em lei.

O contribuinte acosta documentos às fls. 670 a 713.

À fl. 717 a PGE/PROFIS, diante da análise de documentos do PAF, emite Despacho sugerindo o encaminhamento do processo em Diligência para que fosse verificado se de fato houve pagamentos anteriores realizados pelo contribuinte e não computados no Auto de Infração, bem como fosse verificado o teor do Auto de Infração anterior, citado pelo recorrente, em cotejo com a autuação atual; sugere que, caso verificada a veracidade das alegações recursais, fosse feito o demonstrativo de débito tributário.

Às fls. 720 e 721 esta 2ª CJF, em pauta suplementar, considerando que ao apurar os valores lançados na Infração 3 o autuante deduzira as parcelas cobradas na Infração 1 do Auto de Infração anterior, e considerando também que, diante dos demais pagamentos citados pelo contribuinte, e dos documentos acostados aos autos, não havia elementos para se saber se os demais pagamentos referiam-se a operações objeto da autuação em análise, e se foram considerados pelo autuante, deliberou por converter o processo em Diligência à ASTEC/CONSEF para que, em relação às infrações 1, 2, 4 e 5, Diligente designado verificasse se os pagamentos de que tratam os extratos de fls. 706 a 713 se relacionam às notas fiscais discriminadas nestas quatro imputações. Que, caso

ficasse comprovada a não consideração, pelo autuante, de algum daqueles pagamentos, fossem realizadas as correções pertinentes; que fosse elaborado novo demonstrativo de débito, caso necessário.

Esta 2ª CJF deliberou solicitou também que, quando da análise do processo pela PGE/PROFIS, fosse inclusive abordada a questão da decadência em relação às infrações 2, 3 e 5, tendo em vista Decisão do STF expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Às fls. 723 e seguintes foi emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 089/2010, no qual o Diligente narra os procedimentos adotados no sentido de intimar o contribuinte à apresentação dos documentos pertinentes à verificação solicitada, e conclui que efetuando o cotejamento da documentação apresentada com a documentação referente ao Auto de Infração em foco, concluiu que o autuante deixou de considerar, no demonstrativo de débito, os pagamentos já realizados pelo contribuinte, apenas em relação às Notas Fiscais nºs 25302, 26511, 27828 e 28624, todas relacionadas apenas à Infração 1. Que, assim, elaborou novo demonstrativo de débito, à fl. 725, para a Infração 01, mantendo inalterados os débitos referentes às demais imputações.

No novo demonstrativo de débito o ICMS a ser lançado de ofício para a Infração 1 foi reduzido de R\$5.428,81, valor anteriormente lançado no Auto de Infração, para R\$4.148,36.

O Auditor Fiscal Diligente acosta documentos às fls. 726 a 754.

Intimado conforme documentos de fls. 756 e 757, o Recorrente pronuncia-se às fls. 760 a 763 pedindo prorrogação de dez dias para apresentar mais documentos fiscais; aduz não reconhecer o novo valor apurado para a Infração 1; repete as demais alegações recursais; alega prescrição, decadência e improcedência do lançamento de ofício.

O autuante pronuncia-se à fl. 766 em despacho no qual aduz concordar com o resultado da Diligência realizada pelo preposto designado.

À fl. 767/verso a PGE/PROFIS, representada pela douta procuradora Sylvia Maria Amoedo Cavalcante, emite Despacho opinando no sentido do encaminhamento dos autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, face ao questionamento acerca da possibilidade de ocorrência de decadência pelo anterior Conselheiro-Relator deste processo.

À fl. 769 a procuradora assistente da PGE/PROFIS, Drª Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

À fl. 770 o digno Procurador-Geral do Estado, Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, deveriam os autos ser analisados de acordo com entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e aduzindo ser necessária a elaboração de minuta de projeto de lei com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas constantes do CTN.

Às fls. 771 e 774, a preclara Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé emite Parecer posicionando-se no sentido de que não se operou a decadência quanto ao lançamento em foco; pelo afastamento das preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, e opinando no sentido do provimento parcial do Recurso interposto, tendo em vista as conclusões do Parecer ASTEC e dos documentos acostados ao PAF, pelo que se pronunciou aduzindo ser pertinente a redução do débito lançado para a imputação 1 do Auto de Infração ora em lide.

À fl. 775, a douta Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Drª Paula Gonçalves Morris Matos, emite Despacho no qual acompanha os termos do Parecer emitido às fls. 771 e 774.

A digna procuradora Drª Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, presente à sessão de julgamento de 09/04/2012, ratifica os termos dos Pareceres emitidos pela PGE/PROFIS de fls. 771 e

774, e de fl. 775. Aduziu que não se operou a decadência e que, quanto ao mérito, houve diligência para apurar os valores lançados.

Tendo em vista pedido de vistas realizado por Conselheira desta 2ª CJF, e posterior licença-médica da Conselheira-Relatora, o processo foi regularmente retirado de pauta e novamente pautado para a sessão de hoje, 04/06/2012. Nesta sessão de julgamento a digna procuradora Rosana Maciel, após indagar sobre a ocorrência, ou não, de desenquadramento formal da empresa de sua condição de integrante do Regime Simplificado SimBahia, pronuncia-se no sentido do Provimento Parcial do Recurso Voluntário, este em relação à Infração 6.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, quanto ao pedido de dilação de prazo para apresentação de documentos fiscais, às fls. 760 a 763, indefiro-o por considerar que o contribuinte poderia ter apresentado estes documentos, que alega possuir, tanto em sede de impugnação, quanto para tanto intimado pelo preposto fiscal diligente.

Em relação à alegação defensiva quanto a que uma sua funcionária, que o Recorrente identifica como tal, assinou o Auto de Infração, e que tal assinatura não seria válida para efeito de cientificação do lançamento de ofício efetuado, observo que o artigo 39, inciso X, do RPAF/99, transcrito pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário, dá ampla guarida à validade da referida cientificação, posto que a signatária o Auto de Infração é preposta, reconhecida nesta condição pelo contribuinte:

*RPAF/99:*

*Art. 39. O Auto de Infração conterá:*

*(...)*

*X – a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa”.*

Ademais, o contribuinte defendeu-se legitimamente inclusive quanto ao mérito das imputações, o que comprova que a cientificação acerca da lavratura do Auto de Infração surtiu os devidos efeitos legais.

Assinalo, ainda, por oportuno, que se houvera causa de nulidade relativa à forma de cientificação de lavratura de Auto de Infração, tal nulidade, sendo posterior ao lançamento de ofício consubstanciado no Auto de Infração, apenas acarretaria consequências quanto ao ato praticado irregularmente e aos atos àquele posteriores, por conseguinte em nada atingindo o Auto de Infração. Mas, na situação em lide, é legítima também a cientificação ao sujeito passivo, em relação à lavratura do Auto de Infração. Não acolhida a alegação defensiva em contrário.

Em relação às imputações 1 a 5 verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, em relação à Infração 06 observo que existem dados, neste processo, que poderiam conduzir à nulidade do procedimento fiscal em relação àquela imputação em específico, mas este aspecto será mais profundamente tratado quando da análise de mérito da autuação.

Quanto à arguição de nulidade porque teria havido duplicidade de cobrança de crédito tributário, verifica-se no decorrer deste processo que, em relação à Infração 03, quando do lançamento de ofício agora em lide o autuante já havia excluído os valores de débitos anteriormente exigidos. Em relação às demais imputações, trata-se de exigências fiscais atinentes a irregularidades diversas daquelas apontadas no Auto de Infração anterior, ainda que em parte praticadas pelo contribuinte em mesmo exercício, qual seja este o exercício de 2002. Observo que inexistente vedação jurídica a que o poder público refaça ações fiscais para a verificação de recolhimentos de tributos, ainda que tais ações fiscais incidam sobre operações realizadas no mesmo exercício financeiro. Assinalo, ainda, que no texto final do Auto de Infração anteriormente lavrado e assinado pelo sujeito passivo consta, de forma expressa, esta possibilidade de nova ação fiscal.

No que tange à omissão que o contribuinte aduz existir no Acórdão objeto de Recurso Voluntário, quanto às suas alegações em sede de impugnação, assinalo que naquele Acórdão foram abordadas todas as questões até então aventadas. Porém, quanto ao teor da Decisão de primeiro grau, os aspectos pertinentes serão abordados neste voto, quando da análise de mérito das imputações.

Rejeitadas as arguições de nulidade do Auto de Infração e a arguição de nulidade, embora levantada de forma difusa, referente ao Acórdão de primeiro grau.

Ainda preliminarmente, ressalto que conforme exposto no Relatório que antecede este voto, o anterior Conselheiro-Relator designado para este processo solicitou à PGE/PROFIS Parecer acerca de ter-se operado, ou não, decadência em relação aos fatos geradores ocorridos durante parte do período objeto da autuação.

Observo que 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 foram relativos ao exercício de 2002, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/2002 a 31/12/2002 e só seriam desconstituídos, em relação ao exercício de 2002, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2008.

Assim, por este aspecto comungo do entendimento da PGE/PROFIS no sentido de que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 21/12/2007.

Quanto ao questionamento 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 argüida 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, voto no sentido da não ocorrência da decadência em relação ao período objeto do lançamento fiscal.

No mérito, em parte merece reparo a Decisão objeto do Recurso Voluntário.

Em relação à Infração 1, esta trata de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.428,81, devido por substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a abril/2002, e de junho a agosto/2002.

Conforme resultado da Diligência realizada por solicitação desta 2ª CJF, restou comprovado o regular recolhimento, antes do início da ação fiscal, de parte do crédito tributário lançado de ofício, consoante Parecer ASTEC/CONSEF nº 089/2010 e demais documentos de fls. 723 a 754.

Assim, está configurada a procedência apenas parcial da imputação 1, devendo o débito originalmente lançado ser reduzido de R\$5.428,81 para R\$4.148,36, tal como consta no demonstrativo de débito elaborado pelo Auditor Fiscal Diligente à fl. 725 dos autos deste processo.

Em relação às Infrações 2, 4 e 5, estas tratam de falta de recolhimento, e de recolhimento a menos, do ICMS devido por substituição tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a dezembro/2002, com demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 28 a 32; e 80 a 94.

O Recorrente aduz quanto a estas três imputações, em sede de Recurso Voluntário, que:

*“Esta infração não pode prevalecer, por se tratar de mercadorias previstas no convênio ICMS 76/94. Faltou a análise do Auditor que os produtos descritos nas notas fiscais não perfazem da descrição conforme NCM, previstas no art. 353 (...) II – 13, do RICMS, onde cabe a responsabilidade da retenção e recolhimento do estabelecimento fornecedor de tais produtos, caso fosse devido.”*

Contudo, rezava a redação original do mencionado Convênio, com efeitos até 31/12/02, portanto abrangendo o período relativo aos fatos geradores da imputação 2:

*Convênio ICMS 76/94:*

*Cláusula primeira. Nas operações com os produtos a seguir indicados, classificados nos respectivos códigos ou posições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário:*

*(...)*

*§ 3º. O estabelecimento varejista que receber os produtos indicados nesta cláusula, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no caput, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual. (acrescido o § 3º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 04/95, efeitos a partir de 01.05.95.)*

*(...)*

E determinava o RICMS/BA, também citado pelo Recorrente:

*RICMS/BA:*

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*13 - vacinas, soros e produtos farmacêuticos medicinais de uso não-veterinário, inclusive derivados de plantas medicinais, absorventes higiênicos, fraldas, mamadeiras, bicos, gaze, algodão, atadura, esparadrapo, preservativos, seringas, escovas, pastas dentífricas, provitaminas, vitaminas, contraceptivos e demais produtos a seguir especificados (Conv. ICMS76/94):*

*(...)(grifos nossos)*

Assim, ao contrário do quanto alegado pelo contribuinte, se o pagamento não fosse realizado antecipadamente pelo remetente, teria que ser feito pelo destinatário, ora autuado na condição de autor do Recurso Voluntário.

Observe que as cópias das primeiras vias das notas fiscais relativas a estas imputações estão colacionadas ao Auto de Infração pelo autuante, às folhas já mencionadas neste voto, portanto o

contribuinte detém as vias originais dos documentos objeto da acusação, além de ter recebido os demonstrativos referentes às infrações, consoante seu recibo à fl. 03 dos autos, e o contribuinte de fato não comprova, nos autos deste processo, que o ICMS devido pelo remetente foi por aquele pago ao erário estadual, e também não comprova que o ICMS devido, e que não foi recolhido, pelo remetente, teria sido recolhido por ele, sujeito passivo.

Ressalto que na Diligência realizada por solicitação deste Conselho de Fazenda também foi verificada, por Auditor Fiscal estranho ao feito, a ausência de comprovação de pagamento do débito lançado para estas imputações.

Por conseguinte, mantida a Decisão recorrida quanto à procedência integral das imputações 2, 4 e 5 do Auto de Infração.

Contudo tratando-se, durante todo o período objeto da ação fiscal, de contribuinte enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto denominado SimBahia, conforme consta explícito no Cadastro do Contribuinte desta Secretaria de Fazenda Pública Estadual, no sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, de tal situação decorre que a multa a ser aplicada para as três infrações encontrava-se prevista no item “1” da alínea “b” do inciso “I” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e não pode ser aplicada a multa de 60% indicada para as Infrações 4 e 5, equivocadamente indicadas pelo autuante e mantidas na Decisão de primeiro grau.

Assim, em relação às Infrações 2, 4 e 5, mantida a Decisão recorrida quanto ao mérito; mantida também quanto à multa de 50% aplicada para a Infração 2, e modificada quanto ao percentual de multa de 60% aplicado para as Infrações 4 e 5, que deve ser alterado para o percentual de 50% do ICMS lançado de ofício, conforme legalmente previsto à época dos fatos geradores no item “1” da alínea “b”, inciso I do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, por se tratar de empresa, à época, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS.

No que tange à Infração 3, em grau de Recurso Voluntário, à fl. 667 deste PAF, o contribuinte alega que seria devido apenas parte do ICMS lançado, e que tal débito importaria em R\$462,98.

Observo que o autuante não disse, na informação fiscal, que teria havido duplicidade de cobrança.

Ao contrário, o autuante relatou que, conforme seu demonstrativo fiscal acostado à fl. 33 dos autos deste processo, já teria expurgado, do presente lançamento, o quanto lançado em Auto de Infração anterior, em razão da prática da mesma irregularidade pelo sujeito passivo. O contribuinte não comprova tal coincidência de tributação, pelo que permanece válida a cobrança em relação à Infração 3, devendo ser mantida a Decisão recorrida, no sentido da procedência integral desta imputação.

Em relação à Infração 6, volto a assinalar que o sujeito passivo encontrava-se, durante todo o período objeto da ação fiscal, na condição de contribuinte enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto denominado SimBahia, conforme seu Cadastro nesta Secretaria de Fazenda Pública Estadual, no sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ.

Assim, até à data de 31/03/2002 encontrava-se na situação de microempresa nível 05; de 01/04/2002 até 31/05/2002, era Empresa de Pequeno Porte - EPP; de 01/06/2002 até 31/07/2002 era novamente microempresa nível 05; de 01/08/2002 até 31/12/2005, estava novamente enquadrado como EPP/SimBahia, e passou à condição de contribuinte enquadrado no regime normal de apuração de imposto apenas na data de 01/01/2006, situação cadastral em que permanece até o dia desta sessão de julgamento, conforme consultas que realizei no já mencionado sistema de informações cadastrais INC/SEFAZ.

Portanto, assiste razão ao sujeito passivo ao afirmar que não poderia ser cobrado imposto relativo a operações não escrituradas em determinados livros fiscais, no caso em foco os livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, consoante se vê nos demonstrativos fiscais de fls. 95 a 103

(volume I), e de fls. 551 a 553 (volume III), porque a Lei do SimBahia - Lei nº 7.357/98, revogada em 01/07/2007 pela Lei nº 10.646/07 – em seu artigo 11, previa a desobrigação do contribuinte acerca de tal escrituração, o que foi regulamentado à época pelo disposto no RICMS/BA, em especial nos seus artigos 403 e 408-C.

Portanto, enquadrado que estava o contribuinte no regime SimBahia, apenas após o seu regular desenquadramento poderia ser cobrado imposto em razão de falta de escrituração de operações em livros fiscais de Registro de Entradas e de Registro de Saídas.

Em relação ao desenquadramento da condição de empresa integrante do regime simplificado SimBahia, determinavam os artigos 404, e seguintes, do RICMS/BA, as diretrizes a serem seguidas para que se operasse este desenquadramento.

Conforme documentação constante dos autos, em especial o relatório elaborado pelo autuante às fls. 35 a 39, não está comprovado que o contribuinte teria sido desenquadrado da sua condição de integrante do SimBahia no exercício de 2002, por esta SEFAZ, fosse por iniciativa própria dele, sujeito passivo, fosse de ofício pela autoridade fazendária de seu domicílio fiscal.

A verificação, em ação fiscal, de práticas tributariamente irregulares que possam levar ao desenquadramento não significa o desenquadramento em si.

Assim, com a devida vênia, observo que o autuante laborou em equívoco. Uma vez que se tratava de contribuinte ainda enquadrado no regime SimBahia, caberia a realização de outros roteiros de auditoria, adequados às operações ocorridas e documentadas nas cópias de notas fiscais acostadas aos autos, e aos registros fiscais que deveriam ter sido realizados pelo sujeito passivo à época, ou seja, em 2002.

Por exemplo, poderia ser realizada a auditoria quanto ao recolhimento do imposto devido por empresa enquadrada no SimBahia, verificando-se o quanto registrado nas Declarações DME, e os valores das operações que estavam registrados nos documentos fiscais relativos às operações de entradas e de saídas de mercadorias no período; também poderia ser realizada auditoria sobre suas receitas e despesas, para verificar o seu faturamento e, a partir dos dados coletados, esta SEFAZ, se fosse este o resultado de uma ação fiscal, então proceder ao devido e regular desenquadramento do contribuinte do sistema simplificado SimBahia, e só então, após desenquadrado o contribuinte, proceder-se à aplicação de roteiro de auditoria compatível com o regime normal de apuração de imposto.

Portanto explicitado, com a devida licença, estarem equivocadas tanto a conclusão fiscal quanto a este item do Auto de Infração, quanto a Decisão de primeira instância, seria nulo este item do Auto de Infração por tratar-se de utilização de roteiro fiscal inadequado. Tratando-se de nulidade absoluta, que pode ser arguida a qualquer tempo, deve ser declarada de ofício por este Conselho de Fazenda.

Porém, diante do teor do parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, e tendo em vista que a base de imputação é, tal como ressalta o contribuinte e consta na imputação 1 do Auto de Infração, a falta de recolhimento de imposto relativo a operações não escrituradas nos livros fiscais, é improcedente a acusação, visto que inexistia obrigatoriedade de escrituração de operações de entradas e de saídas em livros fiscais, para o autuado, no exercício de 2002.

Assim, voto pela modificação da Decisão recorrida, para declarar improcedente a imputação 6.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, restando parcialmente procedente a Infração 1 no valor de R\$4.148,36, conforme demonstrativo de débito do Parecer ASTEC/CONSEF nº 089/2012, anexado à fl. 725; mantendo a procedência integral das imputações 2, 4 e 5, porém adequando de 60% para 50% as multas pelas Infrações 4 e 5; procedente a Infração 3; e improcedente a Infração 6, tudo conforme tabela que elaboro a seguir:

INFRAÇÃO	DÉBITO NO A. I.	DECISÃO JJF	ESTE VOTO	MULTA
01	R\$5.428,81	R\$5.428,81	R\$4.148,36	50%
02	R\$799,13	R\$799,13	R\$799,13	50%
03	R\$26.495,29	R\$26.495,29	R\$26.495,29	50%
04	R\$2.767,70	R\$2.767,70	R\$2.767,70	50%
05	R\$527,14	R\$527,14	R\$527,14	50%
06	R\$106.787,53	R\$106.787,53	-	-
TOTAL	R\$142.805,60	R\$142.805,60	R\$34.737,62	

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)**

Peço vênha à ilustre Relatora para divergir do seu posicionamento quanto à suscitada decadência dos lançamentos tributários. Entendo que, ainda em sede de preliminar, há que ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 21/12/2002, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

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 credito tributário”.*

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinadas por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito 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.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que *“...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”*, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 21/12/2002, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela 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 o voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206855.0006/07-9**, lavrado contra **TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.737,62**, acrescido da multa de 50% prevista no inciso I, alínea “b”, item 1, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores, e dos acréscimos legais.

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

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE  
(Preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS