

PROCESSO - A. I. N° 299430.0008/13-5
RECORRENTE - TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4^a JJF n° 0218-04/14
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 03/08/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF n° 0203-12/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 tendo sido feita a menos, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração elidida em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR E UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL Infração não elidida. b) MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração procedente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração comprovada. 5. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o valor de maior expressão monetária. No caso, o das operações de entradas. Infração procedente. Rejeitada a preliminar de decadência. Decisão não unânime. Mantida a decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra o acórdão proferido pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte, as seguintes imputações.:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menos o ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88, no valor de R\$92.353,53, multa de 60%

INFRAÇÃO 2: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação. ICMS no valor de R\$ 122.455,42 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 3: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 13.812,87.

INFRAÇÃO 4: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de

mercadorias regularmente escrituradas. Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida de alíquota. ICMS no valor de R\$ 6.248,77 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 5: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS no valor de R\$ 2.599,60 e multa de 60%.*

INFRAÇÃO 6: *Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 2.506,85 e multa de 70%.*

A 4^a JJF, então, decidiu a questão, tendo lavrado o acórdão recorrido e julgado o lançamento Parcialmente Procedente segundo os motivos a seguir demonstrados:

Nego o pedido de diligência haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto à matéria trazida nesta lide, consoante a norma contida no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Inicialmente constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado em consonância com o art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, e as infrações estão descritas de forma clara, objetiva, e estão fundamentadas nos demonstrativos cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Em preliminar de mérito o sujeito passivo, por meio de seu advogado, argui que teria ocorrido a decadência do direito à constituição do crédito tributário, dos lançamentos efetuados até a data de 30/11/2008, haja vista que todos os lançamentos efetuados pelo preposto fiscal se deram, sem exceção, com base nos lançamentos efetuados pela impugnante, em sua escrita fiscal na forma preconizada pelo art. 147 do CTN (Lei nº 5.172/66).

Indubitavelmente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante, como segue:

Código Tributário Nacional (CTN):

“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”.

“Art. 150. (...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Código Tributário do Estado Bahia (COTEB):

“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

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

Regulamento do ICMS (RICMS/97):

“Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

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

Denota-se que a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2008) se iniciou em 01/01/2009, com termo final em 31/12/2013.

Considerando que a ação fiscal se iniciou em 25/09/2013, com a formalização da 1^a intimação (fls.11) - e o lançamento ocorreu em 16/12/2013, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

Convém ressaltar que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08.

Fica rejeitada portanto, a preliminar de mérito de decadência apresentada pela defesa.

Deste modo, os valores apontados como fulminados pela decadência, correspondentes a R\$ 30.814,19 (infração 01); R\$ 44.461,01 (infração 02); R\$ 13.812,87 (infração 03); R\$ 2.186,39 (infração 04); e R\$ 2.094,18 (infração 05), apresentados nas fls. 568 e 569, do PAF ficam mantidos.

O segundo argumento apresentado pelo contribuinte diz respeito à Denúncia Espontânea nº 0138/10-2, efetuada em 26/01/2010, cuja cópia está anexa nas fls. 589/590, na qual foram denunciadas as seguintes infrações:

1 – ICMS parcial não antecipado – Ocorrências de 31/10/2009 e 30/11/2009;

2 – ICMS não antecipado – Substituição Tributária – Anexos 88 e 89 – Ocorrências de 30/10/2009 e de 30/11/2009;

3 – Falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais – Ocorrência de 30/11/2009.

O autuante na informação fiscal aponta que no demonstrativo da infração foram considerados os valores denunciados, relativos à infração 01, exceto o com data de ocorrência de 28/02/2009, de R\$ 318,06, conforme fls. 132, 134, 135, 140 e 141. Em consequência, reduz apenas o valor da infração do mês de fevereiro/2009 (fl. 130), para R\$ 3.286,01. Diante destas considerações, e do demonstrativo da infração, de fls. 35 a 44 (exercício de 2008) e especificamente o referente ao exercício de 2009, fls. 128 a 141, acato o valor apontado na informação fiscal, devendo ser reduzido o valor do mês de fevereiro/2009, para R\$ 3.286,01. Infração procedente em parte no total de R\$ 92.035,47.

Quanto à infração 02, relativa à utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, consta na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou-se de antecipação parcial em valor maior que o efetivamente recolhido. Em 2008, por estar descredenciado, efetuava o pagamento da antecipação parcial por nota fiscal, porém na utilização dos créditos no livro Registro de Apuração do ICMS o fez a maior. Em 2009, utilizou-se de denúncia espontânea para efetuar alguns pagamentos da antecipação parcial, contudo registrou os créditos no livro de apuração antes de ter apresentado e pago as parcelas da respectiva denúncia. Para ambos os exercícios foi refeito o conta corrente do contribuinte para identificar os efeitos destes créditos indevidos.

A planilha encontra-se na fl. 227 onde as diferenças de ICMS mensais foram apuradas por meio do refazimento da conta de entradas e de saídas do ICMS antecipação parcial. O sujeito passivo na peça de defesa não aponta especificamente onde estariam os supostos equívocos cometidos pelo autuante na apuração da infração, nem quais documentos seriam específicos para demonstrar a não ocorrência da infração. O autuante na informação fiscal ressaltou que todos os DAEs juntados pelo autuado, fls. 614 a 652, relativos à antecipação parcial foram considerados no demonstrativo da infração, fl. 227, exceto o do mês de dezembro/2009, haja vista que foram pagos em janeiro de 2010.

Não tendo sido trazidas provas dos supostos equívocos que teriam sido cometidos pelo auditor, fica mantida a infração na íntegra.

Na infração 03 o impugnante traz à lume o argumento de que teria ocorrido a decadência do direito de a fazenda pública efetuar o lançamento. Conforme acima explicitado, este argumento não procede. Infração procedente.

A infração 04 decorre do recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 367 a 375.

Além do argumento da decadência, referente ao exercício de 2008, que já foi anteriormente rechaçado, para 2009, o sujeito passivo argui que “houve o recolhimento do imposto conforme denúncia espontânea”. Contudo, o que está sendo exigido é o ICMS em decorrência da utilização indevida de alíquota nas saídas de mercadorias tributadas, cujo imposto foi registrado e pago a menor. Na denúncia espontânea não consta este tipo de infração e deste modo cai por terra o argumento trazido pela defesa. Infração procedente.

A infração 05 aponta a utilização indevida de crédito fiscal de mercadoria sujeita a antecipação tributária do ICMS, conforme demonstrativo anexo, fls. 376 a 380 e de fls. 381 a 387 (exercícios de 2008 e de 2009, respectivamente). Nada tem a ver com as infrações relacionadas com a denúncia espontânea, argumento trazido pelo sujeito passivo na tentativa de elidir o lançamento. Fica mantida na íntegra.

Por último a infração 06 resultou do levantamento quantitativo de estoques, no qual foi apurada a omissão de saídas de mercadorias. Os demonstrativos encontram-se nas fls. 388 a 394 do PAF.

O contribuinte apresenta uma defesa genérica, na qual não aponta especificamente a ocorrência de quaisquer equívocos no levantamento fiscal, tampouco juntou extrato, planilha ou documento que justificasse a sua modificação.

Constato que o levantamento de estoques foi realizado em conformidade com os ditames da Portaria 445/98, e consta nos autos os demais demonstrativos desta infração, tais como o de preços médios das mercadorias, relação de notas fiscais de saídas, cópia do livro Registro de Inventário. Fica mantida a infração na íntegra, vez que o lançamento de ofício é claro, objetivo, bem consubstanciado documentalmente, contendo demonstrativos cujas cópias foram entregues ao autuado, e documentos que subsidiam a autuação, bem como foi elaborado atendendo às normas regulamentares. Infração procedente.

Em decorrência de as afirmativas trazidas pelo defensor se constituírem em mera negativa do cometimento das infrações, aplico o art. 143 do RPAF/99, “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”, 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 carregar aos autos provas documentais, aplico também o 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 02, 03, 04, 05 e 06, com a redução da infração 01 no mês de fevereiro de 2009, no valor de R\$ 3.286,01, totalizando a infração R\$ 92.035,47.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

O sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 785/796), reiterando os argumentos trazidos na defesa.

A representação da PGE apresentou parecer (fls. 828/830), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Os autos foram distribuídos para a minha relatoria. Estando o feito devidamente instruído, pedi a inclusão do processo em pauta e apresento o voto nos termos a seguir expostos.

VOTO

O Recurso Voluntário preenche os requisitos do art. 171 do RPAF, havendo sido protocolizado tempestivamente, pelo que o recebo.

A discussão no recurso apresentado cinge-se à três pontos: a nulidade do lançamento, a decadência de parte do débito e a coincidência ou não do débito lançado com aquele que foi denunciado espontaneamente pelo contribuinte.

De logo importa esclarecer um ponto: o acórdão recorrido afasta um suposto pedido de diligência formulado pelo contribuinte. Compulsando os autos, verifico que em sua impugnação (fl. 572) e na manifestação (fl. 757), o contribuinte apresentou o pedido de *“diligência à PROFIS (...) para análise e pronunciamento quanto a matéria ora arguida”*. Este inusitado pleito não se confunde com o pedido de diligência ou perícia fiscal previsto no art. 145 do RPAF, e não preenche os requisitos para ser acatado, razão pela qual o seu indeferimento pelo JJF está correto e não representa qualquer cerceamento de defesa. Não custa, ainda, apontar que a PROFIS se pronunciou regularmente no processo, as fls. 828/830.

A arguição de nulidade do contribuinte se confunde com o próprio mérito das questões relativas à decadência e à denúncia espontânea, não guardando qualquer demonstração da ocorrência de alguma das hipóteses do art. 18 do RPAF, razão pela qual entendo por afastar o pleito, por entender pela regularidade da ação fiscal.

Quanto à arguição de decadência, o contribuinte foi cientificado da lavratura do auto de infração em 18/12/2013, enquanto o auto de infração envolve lançamentos de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Sendo o ICMS sujeito a lançamento por homologação, entendo que teria ocorrido a homologação tácita de todos os lançamentos efetivados pelo contribuinte até novembro de 2008, pelo decurso do prazo de 5 anos, nos termos do art. 150, §4º do CTN. Este, inclusive, é o entendimento pacífico do STJ (*AgRg no REsp 1.152.747/MG, AgRg no REsp 1.192.933/MG; AgRg no REsp 1.182.862/RS e REsp 973.733/SC, este julgado pelo rito dos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC*).

O Ilmo. Sr. Fiscal, a representação da PGE e a JJF mantêm entendimento divergente. Para estes, o caso seria de aplicação do art. 173, I do CTN, cujas disposições seriam as mesmas que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81)

e no art. 965, inciso I do RICMS/97.

Há, de fato, a previsão no art. 107-B do COTEB (vigente à época), que desloca o termo do prazo de homologação tácita para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento deveria ter sido efetuado. Ao meu ver, há incompatibilidade do diploma legal com o CTN e com a Constituição Federal. A lei a que se refere o §4º do art. 150 do CTN só poderia ser uma lei complementar nacional, não sendo facultado a qualquer ente federativo modificar as regras de decadência do lançamento, sob pena de ofensa ao art. 146, III, "b" da Constituição da República. Este tema já foi julgado pelo STF, e resultou na edição da Súmula Vinculante nº 08.

Ocorre que os limites da atuação dos órgãos julgadores do CONSEF expostos no art. 167, impedem "*I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*" O CONSEF não adota, ao menos até então, as exceções aos casos julgados definitivamente pelo judiciário pelos ritos do 543-B e 543-C do CPC, como autoriza, por exemplo, o art. 62 do Regimento Interno do CARF.

O § 5º do art. 107-B foi revogado pela Lei nº 13.199, de 28/11/14, DOE de 29 e 30/11/14, com efeitos a partir de 29/11/14, porém entendo que, sendo o lançamento anterior, a mudança não pode retroagir. Não vejo sentido em manter um lançamento baseado em ato normativo que desrespeita a jurisprudência pacífica do STJ e do STF e que, certamente, será alvo de reforma pelo judiciário, porém não me resta saída senão votar nos limites das atribuições do Conselho de Fazenda e manter o lançamento, julgando improcedente o Recurso Voluntário.

O último ponto a ser analisado se refere a duas Denúncias Espontâneas realizadas pelo contribuinte, de nº 600000.0138/10-2 (fls. 589) e 600000.1218/09-6 (fl. 592). Ao nosso ver, o débito lançado através do auto de infração não se confunde com aquele objeto de denúncia espontânea, com exceção daquele referente ao período de fevereiro de 2009, cuja redução foi alvo de reconhecimento pelo próprio auditor fiscal, conforme informações de fls. 747/750. Compulsando os autos, pudemos confirmar que, de fato, o valor denunciado foi considerado pelo auditor quando da verificação fiscal, sendo que o tributo lançado se refere a diferença entre o originalmente lançado, com a adição de espontaneamente denunciado, e o efetivamente devido.

Assim, quanto ao argumento da denúncia espontânea, exponho minhas conclusões:

A infração 1 é parcialmente procedente, para acatar a manifestação do fiscal e reduzir de R\$ 92.353,53 para R\$ 92.035,47.

A infração 2 é procedente, visto que a denúncia espontânea invocada não aproveita a questão em comento, que trata do creditamento a maior da antecipação parcial do ICMS. O mesmo acontece com as infrações 4, que trata de erro na aplicação das alíquotas, e 5 que trata de creditamento indevido de ICMS sujeito a antecipação.

Quanto à infração 6, não há impugnação específica, apenas a arguição genérica de que o contribuinte não haveria deixado de emitir a documentação fiscal de saída das mercadorias vendidas, sem contudo comprovar o alegado, pelo que correta a decisão da JJJ ao julgar procedente esta infração.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Com a devida vênia divirjo do colega Conselheiro Relator no que se refere à preliminar de Decadência.

Entendo restarem alcançados pela decadência o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos até o dia 18/12/2008.

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

"Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

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

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

Por mais que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar é que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada. Está expresso na Constituição Federal de 1988 que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, conforme se depreende do seu art. 146, III, “b”:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

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

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

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

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

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

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

Não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados referente a fatos geradores ocorridos até 18/12/2008, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Em que pese todas essas razões, durante anos o Estado da Bahia e este CONSEF andou na

contramão do judiciário, aplicando lei completamente inconstitucional. Várias foram as tentativas de representação por parte deste Relator, nos termos do art. 168 do RPAF para que a questão fosse submetida à análise da Câmara Superior, todas indeferidas por voto de minerva do representante da Fazenda Estadual.

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

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

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

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

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

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

Assim, voto pelo acolhimento da Preliminar de Decadência suscitada pelo Recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **299430.0008/13-5** lavrado contra **TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$225.846,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$223.339,26 e 70% sobre R\$2.506,85, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$13.812,87**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Leonardo Nunez Campos, Paulo Danilo Reis Lopes, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LEONARDO NUNEZ CAMPOS - RELATOR

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS