

<b>PROCESSO</b>	<b>- A. I. N° 269353.0700/13-0</b>
<b>RECORRENTE</b>	<b>- MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.</b>
<b>RECORRIDA</b>	<b>- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL</b>
<b>RECURSO</b>	<b>- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF n° 0023-11/20</b>
<b>ORIGEM</b>	<b>- INFAS ATACADO</b>
<b>PUBLICAÇÃO</b>	<b>- INTERNET 22/07/2021</b>

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0149-11/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. Afigura-se antijurídico abrir-se a contagem de prazo para o exercício de um direito, antes mesmo que o seu titular possa fazê-lo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

### RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto em face do Acórdão n° 0023-11/20 desta 1ª CJF deste CONSEF que deu Provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF em face do seu Acórdão n° 0089-05/18, e que teria julgado Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O voto vencedor do Recurso de Ofício possui o seguinte teor:

#### VOTO

*Observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF N° 0089-05/18) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$388.652,14 para o montante de R\$14.330,25, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.*

*Quanto ao mérito, a desoneração do Sujeito Passivo decorreu da decretação da Improcedência da Infração 02 e da Procedência Parcial da Infração 01, sendo esta a extenção cognitiva do presente recurso.*

*Para todas as infrações reduzidas, a razão de decidir foi uma só: o reconhecimento da ocorrência do fenômeno decadencial, decorrente da aplicação do critério de contagem previsto no art. 150, § 4º do CTN, abaixo reproduzido.*

*“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.”*

*Ou seja, a 5ª JJF entendeu que o prazo para efetivação do lançamento tributário expirou após cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, situação que, uma vez reconhecida, aborta a possibilidade de lançar, em 20/12/2013 (data da ciência do Auto de Infração), os valores relativos a ocorrências verificadas antes do mês de dezembro de 2008, em face do que foram excluídos os valores relativos aos meses de janeiro a 19 de dezembro.*

*Analizando-se os autos, é possível constatar que as condutas autuadas foram descritas da forma abaixo.*

*“INFRAÇÃO 1 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Valor exigido: R\$363.098,18. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n° 7.014/96;*

*INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não*

*tributáveis regularmente escrituradas. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro de 2008. Valor exigido: R\$25.553,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96;"*

*Como se vê, a Infração 01 descreve uma conduta típica de insuficiência de recolhimento, o que atrai a incidência do art. 150, § 4º do CTN.*

*A Infração 02, a despeito de descrever o ilícito como "deixou de recolher", trata de ausência de destaque do imposto em parte dos documentos fiscais emitidos, conforme descreve a peça inaugural do lançamento, em trecho que reproduzo abaixo.*

*"Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. O contribuinte deixou de recolher o ICMS em razão de ter tratado operações de venda de mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto (grifo acrescido), no exercíco de 2008. ..."*

*Assim, considerando que a ausência de tributação atingiu apenas parte do tributo devido, é forçoso reconhecer que se trata, também, a exemplo da Infração 01, de uma situação de pagamento parcial do tributo.*

*Tratando, então, de situações de pagamento parcial, deve-se aplicar o critério de contagem do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.*

*Como o presente Auto de Infração foi cientificado ao Sujeito Passivo em 20/12/2013 (vide folha 03), e que os fatos geradores das infrações 01 e 02 ocorreram ao longo do exercício de 2008, é forçoso reconhecer que não era mais possível, em dezembro de 2013, exigir os valores relativos às ocorrências verificadas até o mês de novembro de 2008.*

*Nesse sentido, parece adequado o julgamento de piso, na medida em que excluiu os valores lançados relativamente aos primeiros onze meses do ano citado.*

*Quanto ao mês de dezembro, noto, todavia, que a Decisão recorrida excluiu, igualmente, os valores relativos às notas fiscais emitidas no período, sempre que a data de saída se revelou inferior ao dia 20/12/2008, pois entendeu que se deveria fazer a contagem do prazo decadencial dia a dia.*

*Por conseguinte, acabou por reduzir o montante lançado em dezembro de R\$55.979,91 para R\$14.330,25, conforme explicita o acórdão exarado, em trecho que reproduzo abaixo.*

*"Remanesce na exigência fiscal tão somente os fatos geradores relativos à infração 01, verificados no intervalo entre 20/12/2008 e 31/12/2008, no importe principal de R\$14.330,25."*

*Tal entendimento, contudo, merece reparo, pois pressupõe que a simples saída da mercadoria vendida abriria, para o Estado, a possibilidade de efetivar o lançamento do tributo respectivo, elemento tomado com termo a quo, pelo legislador, para deflagrar a contagem do prazo para o exercício do direito estatal correspondente.*

*Não é, todavia, o que acontece, já que o Sujeito Passivo possui prazo legal até o dia 25 do mês subsequente para efetivação do autolançamento.*

*Não seria justo, por isso, deflagrar-se a abertura do prazo legal, em prejuízo do ente estatal, com vistas ao exercício do seu direito de lançar, algo que somente se torna viável após o transcurso do mês em que se dá a saída da mercadoria.*

*Nessa seara, faz todo sentido entender-se que o decurso do prazo legal para efetivação do lançamento do tributo somente se inicie a partir do início do mês subsequente, conforme tem sido a jurisprudência do CONSEF.*

*Assim, reformo a decisão de piso, para recompor os valores lançados relativos ao mês de dezembro de 2008, pois entendo que somente restaria decaído o direito de lançar a partir do mês de janeiro de 2014, data posterior à do presente lançamento, que se perfectibilizou no dia 20/12/2013.*

*Assim, julgo Procedente em Parte a Infração 01, no montante de R\$55.979,91, valores inteiramente relativos ao mês de dezembro de 2008, conforme abaixo.*

<b>MÊS</b>	<b>ICMS</b>
dez/08	R\$ 55.979,91
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 55.979,91</b>

*Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e reformo a Decisão de piso, para julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.*

<b>INFRAÇÃO</b>	<b>ICMS</b>
1	R\$ 55.979,91
2	R\$ -
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 55.979,91</b>

Regularmente intimado, o contribuinte apresenta Pedido de Reconsideração da decisão desta

Câmara, da forma a seguir indicada.

Inicialmente, aponta nulidade da decisão por supressão de instância, uma vez que a decisão proferida por esta Câmara teria restaurado crédito tributário referente ao período de 01/12/08 a 19/12/08 cujo qual a JJJ reconheceu a ocorrência de decadência. Assim, entende que não foram apreciadas as alegações de mérito relativas ao mesmo período apresentadas na defesa e na manifestação.

Ressalta a diligência de fls. 692-694, sobre a qual foi apresentada a referida manifestação e que acabou não apreciada dado o acolhimento da prejudicial, motivo pelo qual esta CJF, ao invés de alterar diretamente a decisão de primeiro grau, deveria devolver o PAF à Junta para deliberação sobre o mérito da impugnação.

Destarte, se rejeitado o pedido preliminar, aponta equívoco desta CJF quanto ao exame da decadência, destacando o voto divergente proferido no acórdão recorrido, o qual transcrevemos abaixo:

#### **VOTO DIVERGENTE**

*Em que pese a convicção (indevida) do ilustre julgador, resume-se a sua decisão na inadequação do conceito do que venha a ser “fato gerador” e “prazo de lançamento”, pelo que permito-me do mesmo discordar, pelas razões que alinho.*

*A conceituação de fato gerador do tributo é definido no Código Tributário Nacional como a seguir:*

*Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*

*Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.*

*Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:*

*I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;*

*II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.*

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

*Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:*

*I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;*

*II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.*

*Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*

*I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*

*II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.*

*O ICMS tem sua regência com base no que determina a Lei Complementar 87/96, a Lei Kandir, sendo ela a definidora basilar para os procedimentos e aplicações, tanto por parte do contribuinte como dos entes tributantes nas esferas estaduais. E ela assim define o fato gerador quando aborda a sua ocorrência:*

*Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

*A Lei nº 7.014/96, seguindo a determinação contida na LC 87/96, no artigo 4º, também define o que se configura como ocorrência do fato gerador do tributo, como abaixo:*

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

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

*Em nenhuma situação a legislação determina que o fato gerador ocorrido em uma determinada data de um determinado mês seja considerado como ocorrido em seu último dia, como pretendo o ilustre relator.*

*Em nosso país, assim como na maioria em nosso planeta, é utilizado o calendário gregoriano, estabelecido pelo papa Gregório XIII, ocorrendo sua vigência a partir de 15.10.1582, e, teve como base o reconhecimento do “equinócio da primavera”, corrigindo o Calendário Juliano criado no ano 46 a.C.*

*Talvez o ilustre relator vislumbrasse motivos plausíveis para alterar o calendário vigente, que não seja do conhecimento da humanidade em geral, mas tenha respaldo em suas concepções de tempo, ou subvertendo o reconhecimento do “equinócio da primavera”.*

*Confunde o ilustre relator “fato gerador” com “período de apuração”, institutos totalmente diferentes e, muitas vezes contraditórios. Se não, vejamos:*

*De relação ao ICMS Regime Normal, no Estado da Bahia, o período de apuração é determinado em base mensal, mesmo quando não tenha ocorrido “fato gerador”, obrigando-se os contribuintes a fazerem a demonstração do ICMS neste período, com ou sem tributo a informar.*

*Quando tratamos de Antecipação Parcial do ICMS, o fato gerador é a emissão da nota fiscal pelo remetente sediado em outra unidade da federação, não importando se a mercadoria seja recepcionada pelo comprador em mês diferente da mesma.*

*A aceitar-se a convicção do ilustre relator estaremos indo de encontro às próprias determinações da SEFAZ BAHIA que, em informações contidas em seu site separa o que seja um e outro, quando informa os prazos de recolhimento do tributo, como abaixo:*

**Regime Normal de Apuração**

Ocorrência	Prazo	Dispositivo
Saída da mercadoria do Estabelecimento.	do Até o dia 9 do mês subsequente ao dia da ocorrência do fato gerador.	Art.124, I, "a" do RICMS/BA.

**Regime de Apuração em função da Receita Bruta**

Ocorrência	Prazo	Dispositivo
Saída da mercadoria do Estabelecimento.	do Até o dia 9 do mês subsequente ao dia da ocorrência do fato gerador.	Art 124, I, "b" do RICMS/Ba.

**Regime Simplificado - Pequeno Porte**

Ocorrência	Prazo	Dispositivo
Saída da mercadoria do Estabelecimento.	do Até o dia 9 do mês subsequente ao dia da ocorrência do fato gerador.	Art 124, I, "c" do RICMS/Ba.

**Regime Simplificado - Microempresa**

Ocorrência	Prazo	Dispositivo
Saída da mercadoria do Estabelecimento.	do Convênio firmado entre a COELBA e a SEFAZ/BA.	Art 124, II, "b" do RICMS/Ba. A data será a do vencimento da conta de energia elétrica.

**Observações:**

- As informações não se aplicam às hipóteses em que estejam previstos, no RICMS, prazos de recolhimento especiais.
- Quando o dia 9 for feriado ou dia sem expediente bancário, o pagamento poderá ser feito no primeiro dia útil seguinte.

*Como se comprova na informação acima, em momento algum, a SEFAZ diz que os fatos geradores de uma determinada data é transportada para outra, determina sim, que o recolhimento do tributo seja recolhido em datas específicas.*

*Depõe contra o entendimento do ilustre relator, ainda, quando se trata de operações de importação de produtos, quando o recolhimento do tributo antecipado deve ser feito com base na data do desembarço portuário. Desejará o ilustre relator, também, transferir os desembaraços aduaneiros, sempre, para o último dia do mês para atender ao seu entendimento de determinar um calendário diferente do utilizado mundialmente, do que decorreria a dilatação do prazo de recolhimento?*

*Entendo que a pretensão do ilustre relator seja de querer carrear aos cofres públicos arrecadação tributária, só que não se pode olvidar do regramento legal quanto aos direitos do contribuinte, mormente quando se trata da inéria do Estado em buscar os recursos que lhe seriam assegurados, caso agisse com eficiência no trato da sua arrecadação.*

Este raciocínio vem a atender ao quanto discutido no presente processo, a decadência para a cobrança do tributo por parte do Estado, no caso presente, está definida no CTN no art. 150, § 4º, que afirma ser a mesma definida pela data do fato gerador, não fazendo qualquer alusão a período de apuração, o que, ao que parece, é o desejo do ilustre relator.

O reconhecimento da decadência para cobrança de tributos foi acata pela PGE, através o Incidente de Uniformização nº 2016.194710, assim explicitando:

...  
v v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN;

A título de comprovação jurisprudencial, fora ao âmbito do Estado da Bahia, transcrevo abaixo o decidido pelo STJ como abaixo:

(AgRg no AREsp 788.656/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016) (grifos acrescentados)

Cabe também aqui fazer menção ao Incidente de Uniformização nº 2016.194710, relacionado também ao tema da decadência, que firmou o entendimento de que conta-se 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.

Assim, convicto do entendimento expressado pela jurisprudência e reconhecendo o direito expresso em leis, devidamente avocados pela Recorrente, divergindo do voto do ilustre relator, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Diz que esta CJF confundiu fato gerador com período de apuração e, no presente caso, o fato gerador ocorre na entrada da mercadoria no território do Estado, não podendo se confundir com a concessão de prazo para que os contribuintes atendessem a determinados requisitos.

Esclarece que a apuração, de acordo com os demonstrativos que compõem o AI, em especial as planilhas apresentadas pela autuada, foi realizada com base nas datas das entradas das mercadorias, momento que a obrigação, ou seja, o próprio fato gerador, restava caracterizada, não sendo a saída da mercadoria do remetente que caracteriza o fato gerador e sim sua entrada na Bahia.

Afirma que a manutenção da cobrança deve persistir apenas em relação aos fatos geradores ocorridos entre os dias 20/12/08 e 31/12/2008, como enquadrado pela JJJ.

Por fim, requer a nulidade da Decisão recorrida ou, aplicado o art. 155, § único do RPAF, que seja conhecido e provido o presente recurso, restabelecendo a decisão da JJJ.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Recurso Voluntário.

## VOTO VENCIDO

Quanto à preliminar de nulidade da decisão, entendo que assiste razão ao contribuinte. A decadência é matéria prejudicial de mérito. Contudo, não foi a única defesa apresentada na impugnação de fls. 649-656.

Naquela oportunidade, além de apontar outras hipóteses de nulidade, o contribuinte questionou a procedência da autuação quanto à consideração de que teria sido descumprida a legislação baiana ao se considerar que fora utilizada equivocadamente a redução da base de cálculo prevista pelo Decreto nº 7799/00.

Apontou que somente pode adquirir mercadorias de empresas titulares do registro do produto, segundo Portaria nº 802/98 da ANVISA, sendo que tais empresas corresponderiam aos próprios fabricantes. Ademais, afirmou ainda que os importadores, por aplicação analógica do Regulamento do IPI, especificamente o inciso I do seu art. 9º, são equiparados ao estabelecimento industrial para todos os efeitos, situação que já teria sido objeto de parecer jurídico favorável da PGE/PROFIS e de acórdãos proferidos por este Conselho.

Todavia, o Acórdão nº 0089-05/18 da 5ª JJF restringiu o exame da matéria, que remanesceu em litígio após o reconhecimento parcial do débito, apenas à decadência, sem qualquer justificativa para tanto, conforme trecho a seguir transcrito da fl. 945 dos autos:

“...

*Observo que na última intervenção realizada neste processo pelo representante legal do contribuinte, na petição subscrita pelo advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, inserida à fl. 898, estando o mesmo habilitado a atuar neste feito através do instrumento de procuração de fl. 657, foi expressamente reconhecida a procedência parcial da autuação, quanto ao período compreendido entre 20/12/2008 e 31/12/2008, ocasião em que, também, de forma expressa, foi declarada a desistência parcial da defesa e o pedido de homologação dos valores recolhidos, no montante principal de R\$14.330,25, que acrescido de juros moratórios e multa (R\$3.914,73 + R\$2.579,73), totalizou a cifra de R\$20.824,42. Em decorrência, remanesce sob a apreciação, nesta lide administrativa, tão somente a arguição de decadência quanto aos fatos geradores das infrações 01 e 02, no período entre 01/01/2008 e 19/12/2008.*

...”

Note-se que a manifestação de fl. 898 da autuada em momento algum veicula desistência dos argumentos de defesa quanto ao mérito. Pelo contrário, informa expressamente a **desistência parcial** da defesa em coerência com o requerimento de homologação dos valores recolhidos referentes ao período que entendeu correta a autuação.

É verdade que, como o juízo *a quo* acolheu a prejudicial de mérito atinente à decadência por unanimidade, o que prejudica o exame do mérito, naturalmente. Entretanto, é forçoso reconhecer que, afastada a decadência reconhecida por unanimidade pelo Juízo de primeiro grau, ainda que apenas sobre parte da autuação, o exame do mérito da defesa se tornou necessário sob pena de incorrer em cerceamento de defesa do contribuinte.

Sendo assim, a decisão proferida por esta Câmara em sede de Recurso de Ofício contém inequívoco vício de nulidade por ser completamente omissa acerca das questões de mérito deduzidas pela defesa, notadamente por não caber embargos de declaração contra a mesma, expediente que seria suficiente para sanar esta evidente omissão.

Entretanto, entendo que não é o caso de remeter o feito à primeira instância, uma vez que a denominada “teoria da causa madura” pode ser aplicada ao caso, na forma do inciso III, do § 3º e do § 4º, ambos do art. 1.013 do CPC. Mas, convém ressaltar que a decretação da nulidade neste caso é imprescindível, a meu ver, porque, caso contrário, se esta Câmara avançar no mérito em sede de Pedido de Reconsideração, refutando as alegações do contribuinte, este acabará tolhido da oportunidade de formular novo Pedido de Reconsideração, o que também afrontaria o seu direito à ampla defesa.

Em outras palavras, a nulidade deve ser decretada para que esta Câmara reanalise a questão, mais uma vez, **em sede de Recurso de Ofício**, pois, neste caso, prevalecendo o mesmo entendimento de reforma da decisão de primeiro grau, o contribuinte, se quiser, poderá exercer novamente o direito previsto na alínea “d”, do inciso I, do art. 169 do RPAF, acaso entenda que as razões da nova decisão demandam novo Pedido de Reconsideração.

Assim, voto por DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reconsideração do contribuinte, a fim de reconhecer a nulidade do Acórdão nº 0023-11/20 desta 1ª CJF por não se manifestar sobre os argumentos de mérito da defesa, determinando o seu retorno ao Ilmo. Conselheiro Relator para nova apreciação do Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF.

Ultrapassada a preliminar, por hipótese, entendo que também assiste razão ao contribuinte. Incontroversa a aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN, há que se reconhecer que o prazo decadencial inicia sua contagem da **ocorrência do fato gerador**, situação fática que não se confunde com a data de pagamento tampouco sofre influência da técnica de apuração adotada pelo legislador para o tributo.

O prazo conferido ao contribuinte para cumprir a obrigação acessória que permite ao ente tributante tomar conhecimento do fato gerador também não influencia o momento de sua ocorrência. É esse, aliás, o cerne do entendimento jurisprudencial que vem se consolidando após

a edição do enunciado nº 8 da Súmula Vinculante pelo STF e do enunciado nº. 555 da Súmula do STJ, no sentido de que somente a falta de declaração possibilita a aplicação do prazo de decadência previsto no inciso I, do art. 173 do CTN.

Neste sentido, me alinho ao voto divergente proferido no acórdão atacado, destacando o inciso I do art. 12 da Lei Kandir e o inciso I do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que não deixam dúvidas acerca da ocorrência do fato gerador no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte e não em outro momento qualquer.

Assim, diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reconsideração, a fim de reformar o Acórdão nº 0023-11/20 desta 1ª CJF e, por consequência, restabelecer o Acórdão nº 0089-05/18 da 5ª JJF, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR**

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

Preliminarmente, com todo o respeito ao seu voto, parece-me inadequado o resultado a que chegou, pois não há previsão regimental para anulação de decisão de Câmara, pela mesma, ou por outro órgão julgador de mesmo grau hierárquico, sem poderes expressos de revisão.

De fato, o Pedido de Reconsideração traduz-se em modalidade recursal que visa dotar as Câmaras de poderes para reconsiderar algo que foi decidido, colocando, se for o caso, outra decisão em seu lugar.

Só teratológico que este órgão julgador possa (a pretexto de estar reconsiderando o seu entendimento) proferir decisão anulatória do acórdão exarado por ele próprio, devolvendo o processo para que novo escrutínio venha a ser emitido, no qual haveria de ser remetido o PAF para que a JJF enfrente os demais aspectos de mérito.

A grande contradição reside no fato de que este novo acórdão não possui autoridade para determinar que a própria 1ª Câmara, ou mesmo a 2ª, venha a enveredar por uma decisão previamente delineada, o que representaria impor limites cognitivos a um futuro deciso, que teria como premissa a ausência de formação de livre convicção pelo colegiado, algo efetivamente inaceitável e fora da sistemática jurídico-processual aplicável ao processo administrativo fiscal, sem qualquer precedente normativo regimental.

Não se descarta a possibilidade de que a decisão reconsideranda não tenha sido a mais adequada e que, portanto, possa ser alterada por este colegiado, o que se enquadra na regra disposta no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99. O que não se admite é uma acórdão meramente desconstitutivo, sem a fixação de outro em seu lugar, já que expõe o processo a decisões conflitantes, pondo em risco a sua marcha em direção à solução da lide posta.

Deveria, o Sujeito Passivo, em nome do princípio da eventualidade, deduzir os argumentos de mérito no único momento processual que tinha para fazê-lo, qual seja, na sua petição inicial do Pedido de Reconsideração.

Ademais, abordado acerca da intenção de fazê-lo agora, em emenda da inicial, declarou não possuir interesse em fazê-lo, justificando que tal atitude fez parte da estratégia da defesa.

Assim, rejeito a alegação de nulidade suscitada.

No mérito, apresento igualmente entendimento divergente, haja vista que o entendimento exarado pelo nobre relator contraria a jurisprudência deste Conselho de Fazenda, em que pese não seja desprovido de razoabilidade.

De fato, há inúmeros julgados desta Corte firmando o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo decadencial, quando aplicável a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, deve tomar como referência o último dia do mês em que se deu a emissão da nota fiscal de saída. Isso porque se afigura antijurídico abrir-se a contagem de prazo para o exercício de um direito, antes

mesmo que o seu titular possa fazê-lo.

É esta a hipótese dos autos, pois não era possível ao Estado da Bahia lançar o imposto de ofício, na data da saída da mercadoria, mas somente ao final do mês quando o contribuinte conslui a sua escrituração e a encaminha à administração fazendária, que assim toma conhecimento da operação.

Nesse sentido, NEGO PROVIMENTO ao Pedido de Reconsideração, mantendo a Decisão recorrida.

### **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 PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0700/13-0, lavrado contra **MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.979,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

**VOTO VENCEDOR** – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

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

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 28 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS