

A. I. N° - 299430.0026/21-4  
AUTUADO - TECMEDICA HOSPITALAR LTDA.  
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA  
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/05/2022

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0068-01/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Decadência do direito de a Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes a fatos geradores anteriores a 06/12/2016, em razão de a ciência do Auto de Infração pelo autuado ter ocorrido em 06/12/2021, e por ter sido declarada a ocorrência do fato jurídico tributário, apurado o montante do imposto supostamente devido e não ter ficado caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, sendo contado o prazo decadencial nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 01/12/2021, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 293.079,78, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 001.001.004 – “Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) objeto de ‘antecipação parcial’, antes mesmo de seu recolhimento - Com Repercussão”.

*“O contribuinte utilizou-se de crédito de antecipação parcial não recolhida no exercício de 2016, conforme demonstrativo e extrato dos arquivos EFD anexos. Registre-se que estas parcelas de antecipação parcial foram objeto de denúncia espontânea em agosto de 2018, cujos pagamentos correspondentes o contribuinte se creditou a partir daquele mês. Registre-se também que durante os exercícios fiscalizados o contribuinte apresentou saldo devedor na sua EFD”.*

Referente aos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Enquadramento legal: Inciso II, do art. 309, Alínea “b”, do Inciso III e §§ 2º e 3º do art. 332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e artigos 24, 25 e 26, caput e § 6º, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 06/12/2021, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 03/02/2022, peça processual que se encontra anexada às fls. 33 a 52. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 59.

A Impugnante inicialmente, requer que todas as intimações/publicações e reintimações na Imprensa Oficial ou por qualquer outro meio sejam feitas exclusivamente em nome de Dr. Fabrício Simões, OAB/BA 28.134, no endereço Av. Antônio Carlos Magalhães, 2487, Ed. Fernandez Plaza, Sl. 912, Parque Bela Vista, Salvador, BA, CEP: 40280-000, sob pena de nulidade.

Em seguida passa a tecer considerações sobre os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, ressaltando a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, bem como da importância das intimações serem direcionadas ao patrono constituído.

Antes de adentrar no mérito da autuação, aborda a tempestividade da peça defensiva, transcrevendo artigos da Lei nº 3.956/1981, do Decreto nº 7.629/99, da Lei 13.105/2015, além de jurisprudência do TRF-3.

Esclarece que a empresa atua no ramo comércio varejista de insumos médicos, e suscita preliminarmente a decadência da exigência em lide.

Alega que o Auto de Infração contém elementos de 2016, sendo que a ciência do contribuinte se deu apenas em dezembro de 2021. Considera que no caso da infração em exame, a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se dá a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150 do CTN. Aduz que cada mês correspondente a formação de 05 (cinco) anos entre janeiro a dezembro de 2016 está vitimado pela decadência em dezembro de 2021, e que assim, todas as planilhas que contenham informativo de 2016 devem ser rejeitadas.

Suscita, ainda, em preliminar, a nulidade da autuação em virtude de antinomia de normas.

Alega que a autoridade fazendária conjugou duas normas estaduais, em que pese de diferente hierarquia, mas sem expressa autorização de portabilidade, sobre o mesmo tema para aplicação das infrações previstas, ou seja, a Lei 7.014/96 e o RICMS/BA (Decreto 13.780/2012).

Nesse sentido, considera que a multa prevista é inaplicável, por entender que o art. 42, caput, que fundamentou a multa de 60% deve ser aplicada apenas nas espécies prevista na Lei 7.014/96.

Considera, também que há insegurança na determinação da infração.

Diz que o Contribuinte pode arguir a nulidade se constatar que a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante, e que a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração.

Cita o art. 18, do RPAF/BA, a Súmula nº 01, do CONSEF e assevera que há contradições no Auto de Infração.

Descreve a acusação e menciona que quando a autoridade fazendária enquadrou a autuação no § 2º do Art. 332, III, b, deixou de especificar a hipótese do § 2º, que contém 3 hipóteses.

Traz à colação todo o enquadramento legal do A.I. e considera que a falta acima citada fere o princípio da tipicidade taxativa específica, por não ter sido indicado pela autoridade fiscal a hipótese taxativa prevista na norma.

Visando amparar seu entendimento, transcreve parte de decisões de alguns Conselhos de Recursos Tributários.

No mérito, menciona que o STF declarou a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS devido pela diferença de alíquotas - DIFAL - nas operações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais.

Aduz que o contribuinte jamais poderia ter seu direito ao crédito negado, pois o fato gerador do direito ao crédito de ICMS caracteriza-se pela existência de operação de circulação interestadual de mercadorias e, uma vez destacado o ICMS na nota fiscal de recebimento de mercadoria proveniente de outros Estados, munida de todos os requisitos formais e materiais exigidos, há de ser permitido o seu creditamento, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade.

Expõe que no processo administrativo tributário o contraditório se traduz na faculdade do autuado (sujeito passivo) manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante (sujeito ativo), e menciona decisão do Conselho de Contribuinte de Minas Gerais, que não diz respeito ao tema tratado no Auto de Infração em lide.

Por outro lado, questiona o percentual da multa aplicada, considerando-a em patamar inconstitucional por ter caráter confiscatório.

Cita o art. 150, da C.F. e assevera que o STF já solidificou tal entendimento, trazendo a colação parte

de decisões do mencionado tribunal.

Acrescenta que a Lei 9.298/96 estipula que a multa não pode exceder a 2%, tendo em vista que este percentual diz referência aos casos de não cumprimento de obrigação.

Argumenta que segundo entendimento mais recente de nossos tribunais e de doutrinadores, no caso de concurso de Leis, deve-se aplicar a mais benéfica ao contribuinte, dando ênfase à máxima *in dubio pro contribuinte*, visto tratar-se do elemento mais fraco na relação.

Por derradeiro, alega que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, ao julgar o RE 582.461, decidiu no sentido de não ser confiscatória a multa moratória fixada no importe de 20% (vinte por cento), razão pela qual, considera que é necessário que haja essa redução, quer seja ao particular, quer seja para o fisco.

Traz, ainda, o art. 151, III, do CTN, no sentido da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dizendo que com a interposição de recurso administrativo, fica o fisco inibido de proceder à inscrição na dívida ativa e executar, por meio do Poder Judiciário, seus hipotéticos direitos.

Ao final, apresenta os seguintes pedidos:

- (i) a citação do patrono para qualquer ato, sob pena de nulidade;
- (ii) que seja julgada procedente a presente Impugnação, para os fins de reconhecer a improcedência da Auto de Infração nº 2994300026/21-4, em epígrafe, entendendo que há nulidade, decadência e inexistência de fundamentos sólidos para mantê-lo;
- (iii) que se determine a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior deliberação;
- (iv) que se alinhe as respeitadas decisões com o atual posicionamento do STF reduzindo o total das multas de 60% para 20% em caso de improvimento da nulidade do A.I.

O autuante em informação fiscal, às fls. 64 a 67, inicialmente expõe que o presente trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFEs) e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas (NFCEs) constantes no banco de dados da SEFAZ-Ba, durante o quarto trimestre de 2021, abrangendo os exercícios de 2016 e 2018.

Assevera que na condição de Auditor Fiscal do Estado segue estritamente o que rege a Lei e os Regulamentos que tratam do ICMS no Estado da Bahia na condução dos trabalhos e na confecção do presente A.I.

Enfatiza que no mérito, o autuado não contesta objetivamente nada do que foi autuado. Não cita uma única operação em que houve equívoco do autuante na definição da infração.

Expõe que o contribuinte distorce os fatos, fazendo argumentação sobre diferença de alíquotas, bem como alega que lhe foi negado o crédito do ICMS destacado na nota fiscal de recebimento de mercadoria, embora a infração diga respeito a crédito de antecipação parcial não recolhida.

Com relação à decadência, ressalta que a partir da Súmula Vinculante nº 08, de 2008, através da qual prescrição e decadência tributária são matéria reservada a Lei Complementar, a Procuradoria Geral do Estado editou “Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica” sobre o tema.

Faz comentários a respeito do Procedimento acima mencionado e relata que o contribuinte enviou à Sefaz DMAs do exercício de 2016, declarando créditos acumulados inexistentes, ou seja, informações inverídicas, já que se constatou, através da escrituração fiscal digital (EFD), que em todos os meses daquele exercício houve imposto apurado e não pago.

Enfatiza que o Fisco foi impedido irregularmente de exercer seu direito de cobrança do imposto, e que não houve nenhum pagamento do ICMS apurado.

Considera que tanto na hipótese de débito declarado e não pago, como na simples omissão de operação ou prestação tributáveis, deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN, contando-se o início do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data da ocorrência

do fato gerador.

Dessa forma, diz que como a ciência da infração deste A.I. ocorreu em 06/12/2021, o Fisco teria o direito de cobrar a falta de recolhimento do ICMS de 2016 até o primeiro dia útil de 2022.

Ressalta que inúmeras decisões do CONSEF têm seguido este entendimento, e cita os Acórdãos CJF nºs 014-11/21, 0329-11/19, 033318, 0339-12/20, 0341-12/18, 0346-11/20, 0357-11/18 e 03613

Ao final, considera incabíveis os argumentos do contribuinte para elidir a infração.

## VOTO

Inicialmente, verifico que a descrição dos fatos, a fundamentação legal e as planilhas demonstrativas dos valores devidos constantes no auto de infração, não deixam qualquer dúvida sobre a motivação da autuação.

Constatou ainda, que em momento algum o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39 do RPAF/99, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos e planilhas que compõem o processo.

Estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada. Os competentes demonstrativos produzidos pelo autuante estão em consonância com a infração tipificada, valendo ressaltar que mesmo que houvesse alguma falha, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/BA, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Vejo, portanto, que o procedimento fiscal foi realizado atendendo às orientações legais, não se constatando qualquer dos pressupostos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF/99.

Vale ainda frisar, que as decisões de diversos tribunais trazidas na peça defensiva não se aplicam ao presente Auto de Infração, devido às peculiaridades inerentes a este PAF.

Destarte, afastadas as arguições de nulidade suscitadas pelo autuado, passamos ao exame do mérito da autuação.

O autuado suscitou inicialmente a decadência da exigência em lide.

Sobre essa questão, conforme mencionou o autuante, a PROCURADORIA ESTADUAL (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, nos encontramos frente a lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, em que houve dedução de créditos fiscais considerados indevidos pelo fisco.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o montante do imposto supostamente devido.

Ao contrário do entendimento do autuante, apesar do procedimento irregular verificado, não há comprovação nos autos que caracterize a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A situação, dessa forma, se enquadra na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. Nessa situação, a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos

correspondentes fatos geradores.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do A.I. se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 06/12/2021, os fatos geradores anteriores a 06/12/2016, ocorridos de 31/01/2016 a 30/11/2016 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inciso V do CTN.

No mérito propriamente dito, como bem frisou o autuante, o impugnante não contesta objetivamente o que foi autuado. Não aponta nenhuma inconsistência no demonstrativo elaborado na ação fiscal, o qual evidencia o cometimento da infração em lide.

Vale ainda registrar, que nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, uma vez que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Dessa forma, fica mantida a exigência relativa à data de ocorrência 31/12/2016, que não foi alcançada pela decadência.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, ressalto que a mesma está prevista em Lei (artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96), e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, não cabendo a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante para o envio das intimações emitidas no presente processo para o advogado subscritor, sob pena de nulidade, consigno que inexiste óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária. Contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram determinadas no artigo 108 do RPAF/BA/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo-se a exigência apenas da ocorrência de 31/12/2016, no valor histórico de R\$ 46.803,18.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0026/21-4**, lavrado contra a empresa **TECMEDICA HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.803,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR