

**A. I. Nº** - 299430.0024/21-1  
**AUTUADO** - TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.  
**AUTUANTE** - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25/05/2022

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 078-02/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado não se tratarem de mercadorias isentas, com tal previsão no Convênio ICMS 01/99, as infrações 01 e 02 se apresentam como subsistentes. **b)** VENDAS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS EM OUTROS ESTADOS. IMPOSTO PARTILHADO DEVIDO AO ESTADO DA BAHIA. Tendo em vista a descrição da infração não coincidir com a apuração realizada, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS partilhado devido aos estados destinatários em operações destinados a consumidores finais, o que se constitui em insegurança quanto a infração, a mesma se apresenta como nula. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. Comprovado que alguns produtos não se encontram enquadrados na substituição tributária, realizados os devidos ajustes, a infração subsiste parcialmente. Não acolhidas as questões preliminares. Não reconhecida a existência de decadência parcial do débito. Rejeitadas as questões preliminares. Mantidas as multas aplicadas por falta de amparo legal para dispensa ou redução. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 01 de dezembro de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 132.029,15, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativas a notas fiscais eletrônicas, nos meses de fevereiro a abril, outubro e novembro de 2016, janeiro a junho, agosto a outubro e dezembro de 2017, janeiro a março, junho, setembro e dezembro de 2018, no valor de R\$ 13.803,95.

Infração 02. **002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativas a notas fiscais de consumidor eletrônicas, totalizando R\$ 17.075,84, para ocorrências nos meses de março a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.

Infração 03. **002.001.028.** O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo Simples Nacional, deixou de recolher o ICMS partilhado devido ao estado da Bahia em função da EC nº. 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final - não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da Federação, em março de 2016 e julho de 2017, no montante de R\$ 15.766,85.

Infração 04. **007.001.001.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras

unidades da Federação, em R\$ 85.382,51, nas ocorrências verificadas nos meses de março a dezembro de 2016, janeiro, março a dezembro de 2017.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, constituídos de acordo com o instrumento de fl. 107, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 65 a 95, onde inicialmente, requer que todas as intimações/publicações e reintimações na Imprensa Oficial ou por qualquer outro meio sejam feitas exclusivamente na pessoa de seu advogado.

Após tecer algumas considerações sobre a inexistências de custas e a tempestividade, e relatar os fatos apurados, com o enquadramento legal, multa aplicada e demonstrativo de débito, argumenta ser empresa que atua, desde sua constituição no ano de 2003, no ramo comércio varejista de insumos médicos, e que durante estes últimos dezoito anos vem prestando “serviços” de excelência no mercado.

Nesse sentido, é contribuinte do ICMS da Bahia, e por isso mesmo, foi alvo de ação fiscalizatória de competência da Administração Tributária Estadual, resultante no presente Auto de Infração, o qual, impende gizar, não se sustenta.

Explicita que o autuante em sua apuração tipificou de forma genérica as supostas infrações, apresentando quadro esquemático com a descrição das mesmas.

Nota, pois, que a autoridade fazendária se utilizou de descrição idêntica na infração 01 e na infração 02 para períodos diferentes e iguais, sem especificar as operações que o contribuinte teria praticado irregularmente.

Ao analisar a tabela apresentada anteriormente, verifica violação ao princípio do *bis in idem*, uma vez que há uma mesma constatação, pelo mesmo período de tempo. Não há, portanto, razão para a divisão de duas infrações. Enquadra-se, tal violação, ao princípio do dever de fundamentação, uma vez que é através da fundamentação que se pode avaliar a legitimidade do ato praticado.

Copiando o teor do artigo 18 do RPAF/99, bem como da Súmula 01 do CONSEF, invoca a nulidade das mesmas.

Observa que a descrição das infrações 03 e 04 não possuem melhor sorte pela ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, salientando que a imputação feita está, no mínimo, incompleta, e em dissonância com os fatos narrados pelo próprio agente autuante. E essa deficiência, decorrente da imputação de dispositivos legais genéricos, que impossibilitou ter a perfeita compreensão da falta que lhe está sendo atribuída, de modo a exercer plenamente o seu direito de defesa.

Frisa, com efeito, que os aspectos material, pessoal, espacial, temporal e quantificador não foram rigorosamente identificados na relação jurídico-tributária sob apreço.

Observa 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, a saber, a Lei 7.014/96 e do RICMS/BA que se tratam de normas que disciplinam o mesmo conteúdo, e independente da natureza de lei de uma e da natureza de decreto da outra, não há portabilidade fundado na legalidade que autoriza utilizar a infração e a sanção prevista na Lei 7.014 com base em pressupostos do RICMS.

Nesse sentido, constata que a multa prevista em todas as infrações é completamente inaplicável. O artigo 42, *caput*, que fundamentou a multa de 60% nas quatro infrações, salienta, sendo que esta multa (mesmo que em patamar desproporcional e desrazoável) deve ser aplicada apenas nas espécies previstas na Lei 7.014/96.

Explicita, deste modo, a inaplicabilidade absoluta da multa que é auferida por analogia conjugando com elementos de outras normas, sendo que o comando normativo é bastante claro: “para as infrações tipificadas neste artigo”. Assim, deve-se considerar, sem ressalvas, o princípio

da legalidade, uma vez que não se pode criar sanção para ato não previsto em Lei devidamente tipificada.

Requer a suspensão de exigibilidade, com a aplicação imediata dos artigos 151, III e 206 do CTN, aduzindo se fazer necessária a declaração da suspensão de exigibilidade do suposto “crédito tributário”, para todos os fins de direito, tudo nos termos do artigo 206 do CTN, sob pena de vilipêndio aos artigos 5º, LV e 146 da Constituição Federal de 1988.

Assevera conter o Auto de Infração elementos de 2016, sendo que a ciência do contribuinte se deu apenas em dezembro de 2021, e no caso dessas infrações, a contagem do prazo decadencial de cinco anos se dá a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do artigo 150 do CTN.

Assim, cada mês correspondente a formação de cinco anos entre janeiro a dezembro de 2016 está vitimado pela decadência em dezembro de 2021, e todas as planilhas que contenham informativo de 2016 devem ser rejeitadas.

Ressalta que na infração 01, na descrição do enquadramento legal, não há absolutamente nenhuma previsão da suposta conduta descrita, reproduzindo a norma, notando de imediato que ao enquadrar no § 2º do artigo 332, III, “b”, a autoridade fazendária deixou de especificar a hipótese do § 2º, que contém três hipóteses, de acordo com transcrição realizada.

Considera ferido o princípio da tipicidade e taxatividade específica e nesse sentido, não foi indicada pela autoridade fiscal a hipótese da taxatividade prevista na norma, sendo que a aplicação da multa é bastante clara que se aplica apenas as hipóteses previstas tipificadas na lei 7.014/96, o que remete ao critério da antinomia de normas, uma vez que se utiliza a multa de uma norma anterior para objeto de abstrata tipificação de lei ulterior. Além de, é claro, consignar-se em um patamar de clara inconstitucionalidade.

Por amor ao debate, percebe a necessidade de aduzir ainda que premissas completamente equivocadas foram levadas em consideração pelo autuante. É possível perceber com muita clareza e ênfase, que os produtos que compuseram as operações não tributáveis praticadas pela empresa são descritos pela norma isentiva com nomenclatura diversa, a fim de atender às exigências do mercado relacionadas à descrição de tais materiais que são exclusivamente para saúde.

Indica que o legislador, ao prever a interpretação literal das normas que outorgam isenções, afastou a interpretação ampliativa, por equidade ou equiparação, mas manteve plenamente aplicáveis, diante da absoluta insuficiência da interpretação gramatical, a necessária interpretação lógico-sistemática, finalística ou teleológica.

Os equipamentos e insumos médicos nas Notas Fiscais não correspondem, literalmente/gramaticalmente, ao descritivo do Anexo Único do Convênio ICMS 01/99, ainda mais quando em todas as Notas Fiscais foi lançado o código de NCM correspondente a cada equipamento ou insumo médico comercializado, o que, por si só, permitia ao autuante identificar que se tratavam de operações isentas de ICMS.

O Convênio ICMS 01/99, dispõe sobre a isenção do ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde. O Anexo Único da referida norma, arrola os equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde que se encontram amparados pelo benefício da isenção do imposto, apresentando a NCM e a descrição correspondentes.

Quanto a infração 03, assegura que na descrição do enquadramento legal, não há absolutamente nenhuma previsão da suposta conduta descrita, reproduzindo a mesma, além do que, com outorga da Emenda Constitucional 87/2015, o Estado da Bahia através da Lei 13.373, de 21/09/2015, instituiu o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, bem como alterou o inciso XI do artigo 17 da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a base de cálculo do diferencial de alíquotas nas operações com consumidor final contribuinte do ICMS,

consignando que o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integra a base de cálculo do imposto.

Estipula que o recolhimento do diferencial de alíquota ao Estado destinatário já era previsto mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 87/15, para as operações interestaduais em que o adquirente da mercadoria é contribuinte do ICMS, considerando a diferença entre a alíquota interna do Estado de origem e a alíquota interestadual incidente na operação, enquanto que a referida Emenda alterou esta sistemática para determinar que, independentemente do fato de o destinatário ser contribuinte ou não do imposto, deve ser recolhido ao Estado de destino o diferencial de alíquota correspondente à diferença entre a alíquota interna do ICMS no Estado de destino e a alíquota interestadual incidente na operação.

Ademais, o Convênio ICMS 93/15, que trata dos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, o qual prevê que o cálculo do diferencial de alíquota deve ser realizado a partir da mesma base de cálculo do ICMS, que já contempla o cálculo por dentro, na forma do artigo 13, § 1º da Lei Complementar 87/96, está em perfeita consonância com a Constituição Federal (artigo 155, § 2º, VII) e garante a existência de uma base de cálculo única para operação, como usada pelo contribuinte.

Alega ter a fiscalização utilizado diferencial de alíquotas do ICMS distinto do valor da operação indicado na Nota Fiscal (que já contém o ICMS “por dentro” considerando a alíquota interestadual), sendo que o que se verifica pelas planilhas anexadas ao Auto de Infração (Emenda 87/15 sem destaque partilha/ICMS partilha a menor/partilha a menor) é que o autuantes realizou os cálculos “por dentro” do ICMS DIFAL.

Sustenta que o cálculo realizado não possui qualquer respaldo legal, enquanto, ao calcular o diferencial de alíquotas do ICMS devido nas operações que realizou e que foram objeto da autuação, considerou a mesma base de cálculo do ICMS devido na operação interestadual (que já contém o ICMS “por dentro”), em atenção ao que dispõe o Convênio 93/2015.

Por fim, lembra ter o STF declarado a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS devido pela diferença de alíquotas (DIFAL) nas operações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais, e a Lei Complementar 190, de 4 de janeiro de 2022, terá vigência apenas em 2023.

Aponta que o Recurso Extraordinário (RE) 1287019 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469 são claros sobre o tema e assim, não há que se falar em correção do Auto de Infração.

Argui na infração 04 afrontar totalmente os julgamentos dos tribunais. A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito, sendo essa a tese de repercussão geral (Tema 456) firmada pelo Plenário do STF no RE 598.677, destacando trecho do voto condutor.

Fala que no regime de antecipação tributária sem substituição o que se antecipa é o momento (critério temporal) da hipótese de incidência, as únicas exigências do artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição são as de que a antecipação se faça por meio de lei e o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária.

Já no regime com substituição, tem-se alguns aspectos. Inexistindo convênio ou protocolo interestadual que estabeleça a responsabilidade tributária por substituição para o remetente de mercadorias adquiridas pelo impetrante em outro Estado, é do destinatário o dever de antecipar o pagamento do ICMS sobre as mercadorias que adquire para promover a sua circulação.

Inexistindo justa causa para a lavratura Notificação sob impugnação, ilegítimo e nulo se apresenta a proposta de lançamento que ora se hostiliza, cuja pretensão está eivada de nulidade absoluta, imprestabilizando por completo a exação fiscal.

Ainda quanto as nulidades tem que a impropriedade normativa é gritante, já que como consta da Notificação, não exsurge o ânimo sancionatório exigido na exação sob defesa, o que também por esse prisma, marca de nulidade absoluta a pretensão do autuante, sendo que no caso presente, pela ilegitimidade da lavratura da Notificação Fiscal, cuja irrogação de conduta ilícita não passa de equívoco e cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento esposado na exação nem para uma defesa meritória, tem-se como ilegítima a autuação, devendo por isso, ser declarada nula, dando-se baixa dos registros pertinentes com o consequente arquivamento do processo.

Copia os artigos 18 e 39 do RPAF/99, decisão de “Conselho de Recursos Tributários” cuja origem e data não especifica, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta que o Auto lavrado não tem razão de ser posto que a fundamentação da infração é por demais confusa e não condizente com o enquadramento dado e os fundamentos jurídicos explicitados, estando claro que poderá arguir a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, 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.

Assevera ser o critério de aplicação de multa declarado inconstitucional de forma bem tranquila pelo STF, uma vez o autuante ter utilizado a previsão do artigo 42 da Lei tacitamente revogada, uma vez que em todas as infrações aplicou o patamar de 60%.

Como apontando, a multa aplicada ao autuado é de 60%, incidentes sobre a suposta diferença tributada. E, nos termos aqui já demonstrados, esta tributação pretendida é irregular e ilegal (principal). Da mesma forma, portanto, é ilegítima a multa respectiva e neste sentido, constata que além de a exigência de tributo já extinto ser ilegal, a aplicação de multa de 60% muito se aproxima de imoral, uma vez que assume caráter confiscatório vedado pela Constituição Federal.

Após copiar o artigo 150, inciso IV da Constituição Federal, frisa que a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos.

Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos, se encontrando mais um vício no Auto, qual seja, aduzir inexistência de Nota Fiscal e depois aduzir que havia nota fiscal acobertando mais de uma mercadoria.

Fala ser sólido o entendimento do STF na questão das multas tributárias, na forma das decisões colacionadas, e 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.

Externa entendimento mais recente de nossos tribunais e de doutrinadores, de que em caso de concurso de Leis, deve-se aplicar a mais benéfica ao contribuinte, dando ênfase à máxima *in dubio pro reo*, no caso *in dubio pro contribuinte*, visto tratar-se do elemento mais fraco na relação, além do fato de o STF vir entendendo que as multas aplicadas em decorrência de infrações tributárias não podem exceder 30% do valor do tributo devido, colacionando trecho do voto do Ministro Xavier de Albuquerque.

Por derradeiro, em que pese não ter havido razão para infração e muito menos para multas, o autuante entendeu que deveria arbitrar multas no importe de 60%. Porém, o Plenário do STF, 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%, razão pela qual, quando excedido esse percentual, é necessário que haja essa redução, quer seja ao particular, quer seja para o Fisco, sustenta.

Apesar de entender que serão acolhidos seus argumentos, *apenas ad argumentandum tantum*, já suscita a necessidade, em qualquer atípica e inesperada circunstância, de se ter a redução da multa ao patamar constitucional, vedando-se o confisco, ainda que não esteja a concordar nem com a infração e nem com a multa, apenas reforça a necessidade de apontar mais uma irregularidade no Auto de Infração, trazendo precedentes judiciais.

Alega que embora não tenha satisfatoriamente se explicado durante o procedimento fiscal, mesmo com a lavratura do Auto de Infração não pode se defender, pois, não há enquadramento adequado da infração, bastando a leitura simples.

Diz 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), sendo o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses.

Também, é da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do Auto de Infração.

Traz recorte com trecho de decisão da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais em favor de sua tese.

Em função dos princípios da legalidade e da tipicidade, traduzidos na necessidade de plena vinculação à lei formal do ato de lançamento tributário, a utilização de indícios e presunções simples encontra sérias limitações, entende que a delimitação do papel da prova indiciária, nos casos em que lançamentos de ofício, só é devidamente alcançada como recurso às regras de repartição do ônus probatório entre fisco e contribuinte.

Nesse sentido, como a prova por indícios e presunções comuns não importa na confirmação de que tenha o fato gerador efetivamente ocorrido, a tarefa fiscalizatória do agente fiscal não se pode dar por encerrada, pois não existe, invocando ensinamento de Paulo de Barros Carvalho neste sentido.

Primeiramente, observa que na legislação apontada pelo autuante, aduz que seria penalizável a omissão de receitas ou o pagamento a menor do tributo, constando do processo a descrição de que o contribuinte omitiu registro de saída de mercadoria no valor da diferença apurada, demonstrada pelos extratos de vendas “conseguidos”.

O levantamento foi realizado supostamente com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação e Notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas), documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (notas fiscais de saídas e LRE), ou seja, tudo que se analisou foram dados meramente declaratórios, passíveis de retificações e alterações. A base legal do Auto de infração encontra respaldo em norma que não condiz com a conduta descrita, garante.

Após reproduzir o artigo 151, inciso III do CTN, aduz restar claro que deve ter a exigibilidade do suposto crédito tributário suspensa, e desrespeitar tal procedimento do CTN implicaria afronta aos princípios basilares do processo administrativo tributário, quais sejam, o da ampla defesa e o do contraditório, insculpidos no artigo 5º, LV da Constituição Federal, copiado.

Logo, uma vez suspensa à exigibilidade do crédito tributário, em razão de pendência de reclamação ou recurso administrativo, ficaria o Fisco inibido de proceder à inscrição na dívida ativa e executar, por meio do Poder Judiciário, seus hipotéticos direitos, vez que seria razoável por parte do Fisco apenas efetuar o lançamento tributário, para prevenir a decadência, porém, sem imposição de multa, nos precisos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, transcrevendo cópia de decisões judiciais a respeito do tema.

Arremata que a interposição de recurso administrativo, enquanto pendente de julgamento, suspende a exigibilidade do crédito tributário, em conformidade com o disposto no inciso III do artigo 151 do CTN, sendo legítima, portanto, a expedição de CPD-EN em seu favor, nos termos do artigo 206 do CTN, diante dos precedentes das cortes do país.

Em conclusão:

- Requer a citação do patrono para qualquer ato, sob pena de nulidade;
- Seja julgada procedente a presente impugnação, para os fins de reconhecer a improcedência da Auto de Infração em epígrafe, entendendo que há nulidade, decadência e inexistência de fundamentos sólidos para mantê-lo e, portanto, necessidade de se reiniciar a fase do procedimento fiscal com ampla defesa e contraditório e que haja o provimento da impugnação;
- Que se digne o nobre julgador em determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior deliberação, e também a suspensão da exclusão do Simples Nacional ou qualquer medida penalizadora.
- Requer, ainda na fase administrativa, que se dignem os Julgadores a alinhar as respeitadas decisões com o atual posicionamento do STF reduzindo o total das multas de 60% para 20% em caso de improvimento da nulidade da Auto de Infração;

Impugna as planilhas e cálculos elaborados pelo agente autuante.

Em face do exposto, pede seja julgado improcedente a presente Notificação, cancelando-se a exigência fiscal e por consequência as penalidades imputadas indevidamente.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 112 a 116, esclarece ter sido o presente trabalho executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), nas Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas constantes no banco de dados da SEFAZ-BA, durante o quarto trimestre de 2021, abrangendo os exercícios de 2016 a 2018, tendo resultado no presente Auto de Infração com valor histórico de R\$ 132.029,15 e total de R\$ 246.142,42, em razão das infrações arroladas.

Passando a analisar a defesa apresentada, na qual o contribuinte contesta a aplicação de legislação tributária na configuração deste Auto de Infração, sobre a qual não abordará, tendo em vista ter seguido 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 lançamento.

Além disso, aponta ter o contribuinte informado equivocadamente o enquadramento de infração em dispositivos que não correspondem a verdade, e neste sentido, reproduz o teor do artigo 332, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”.

No mérito, observa não ter o autuado contestado objetivamente nada do que foi autuado. Não cita uma única operação em que houve equívoco do autuante na definição da infração. Fala que se apurou “supostamente” a infração, mas não apresenta argumentos para suportar esta afirmação.

Com relação às infrações 01 e 02, lembra que as citadas infrações são as mesmas, apenas a primeira delas foi apurada através de notas fiscais eletrônicas, ao passo que a segunda, por notas fiscais de consumidor eletrônicas.

Aponta que todos os itens sem tributação estão listados nas fls. 18 a 27 e 29 a 36 e detalhadamente na planilha no CD de fl. 56, sendo todos os demonstrativos entregues ao contribuinte, como comprova o recibo de fl. 57.

Já na infração 03, diante da insinuação de erro cometido no cálculo, reproduz o teor do § 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 93/15, tendo atendido à mesma.

Em relação à decadência dos fatos ocorridos em 2016, aduz que a legislação pátria e decisões da Justiça brasileira é clara com seu entendimento. A partir da Súmula Vinculante nº 08, de 2008, através da qual prescrição e decadência tributária são matérias reservadas a Lei Complementar, a

Procuradoria Geral do Estado editou ainda em 2016 o “Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica” sobre este tema.

Conforme disposto fala estar a decadência tratada nos artigos 150 e 173 do CTN, reproduzidos.

A partir daí, o documento trata separadamente questões que envolvem ambos os artigos, a saber:

I - O contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido e, no prazo correto, efetua o pagamento e extingue a respectiva obrigação tributária;

II - O contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, e efetua o pagamento em montante inferior ao que foi declarado;

III - O contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude de dolo, fraude ou simulação;

IV - O contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, todavia não efetua o respectivo pagamento;

V - O contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido e, como não efetua o respectivo pagamento, o Fisco notifica o contribuinte a realizar este pagamento;

VI - O contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;

VII - Quando há anulação do lançamento anterior.

Reporta ter o contribuinte enviado à SEFAZ DMA do exercício de 2016 declarando créditos acumulados inexistentes, portanto informações inverídicas (cópias anexas), já que verificou, através da escrituração fiscal digital (EFD), que em todos os meses daquele exercício houve imposto apurado e não pago.

Logo, o Fisco foi impedido irregularmente de exercer seu direito de cobrança do imposto, e nem houve nenhum pagamento do ICMS apurado. Além disto, pode-se perfeitamente enquadrá-lo no artigo 150, § 4º, do CTN, haja vista fortes indícios de *“comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

Portanto, a situação do contribuinte é aquela citada no item VI acima, com o agravante de declarações que não correspondem com a verdade.

Sobre tal item VI, transcreve a manifestação da PGE no citado Procedimento de Uniformização, recordando que consoante explicitado ao tecer algumas ponderações acerca do real conteúdo semântico da expressão “homologação do lançamento”, quando não há declaração, pelo contribuinte, da realização de operação ou prestação tributável e, por conseguinte, inexistiu o respectivo pagamento, não há o que o Fisco homologar, razão pela qual se aplica a regra inserta no artigo 173, inciso I, do CTN.

Como a ciência da infração deste Auto de Infração ao contribuinte ocorreu em 06/12/2021, o Fisco tem o direito de cobrar a falta de recolhimento do ICMS de 2016 até o primeiro dia útil de 2022.

Menciona inúmeras decisões do CONSEF que têm seguido este entendimento, como não poderia deixar de ser, a exemplo dos Acórdãos CJF 014-11/21, 0329-11/19, 0333-11/19, 0336-11/18, 0339-12/20, 0341-12/18, 0346-11/20, 0357-11/18 e 0361-12/19.

Diante do exposto, considera incabíveis os argumentos do contribuinte para elidir as infrações.

Juntou documentos às fls. 117 a 128.



Foram os autos remetidos ao CONSEF em 17/03/2022 (fl. 129), recebidos neste órgão em 21/03/2022 e distribuídos a este relator em 11/04/2022 (fl. 129-v).

## VOTO

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura e transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico de Termo de Início de Fiscalização, cuja ciência e leitura se deu em 07/10/2021 (fls. 09 a 11).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 17 a 55, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 56, devidamente entregue ao sujeito passivo de acordo com o recibo de fl. 57.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação apresentada.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios”, CNAE 46.45-1-01, estabelecido no município de Salvador.

Em relação a questão prejudicial a enfrentada e decidida, e que diz respeito a ocorrência de decadência, arguida pelo contribuinte, esclareço que a legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“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, e 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”*.

Já o artigo 173, em seu inciso I assim prescreve:

“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”.*

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário, tal entendimento acima

exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da mesma, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas”.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

*“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.*

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para este entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

*Tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:*

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

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

No caso em comento, as quatro infrações versam sobre “falta de recolhimento”, o que deságua em aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, uma vez que em tais hipóteses não há de se falar em antecipação de pagamento, consoante visto acima, daí decorrendo que os fatos a partir de fevereiro de 2016, somente decairiam em 2022.

A respeito das colocações do autuante para negar a ocorrência da decadência aventada na impugnação, estribado em posição da PGE/PROFIS, de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, constato que em momento algum ficou comprovado nos autos a existência de dolo, até mesmo pelo fato de que, embora mencionado pelo autuante, a afirmativa não se fez acompanhar das devidas e necessárias provas, o que descaracteriza qualquer insinuação neste sentido, e algumas considerações são necessárias.

O artigo 136 do Código Tributário Nacional (CTN) tem, como regra geral, o fato de a infração tributária independe do dolo, ou seja, o contribuinte pode ser onerado por grande parte das penalidades tributárias, independentemente da presença de tal figura.

*“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.*

O dolo pode ser relevante para a configuração de certas infrações, especialmente, no que tange à aplicação da penalidade, como pode se depreender da leitura do artigo 137 do CTN:

*“Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:*

*I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;*

*II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;*

*III – quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:*

*a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;*

*b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;*

*c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas”.*

Daí se observa poder a legislação atribuir consequências ao dolo, obviamente, de cunho punitivo ao sujeito passivo, sendo que, existem consequências jurídicas da prática dolosa, no campo tributário, como a aplicação de multas mais gravosas, ou a responsabilização direta.

O artigo 71 da Lei 4.502/1964 prevê o seguinte:

*“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”.*

Ou seja, estaria caracterizada a sonegação como a ação ou omissão dolosa tendente a impedir, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador tributário, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

A sonegação, assim, dependeria da presença do dolo (elemento volitivo), não se equiparando ao erro do contribuinte, exigindo, pois, para a sua caracterização a vontade do sujeito passivo da

obrigação tributária de ocultar do Fisco certa situação fática relevante para fins tributários, reduzindo o montante a recolher.

Outra figura disposta na Lei (artigo 72), vem a ser a fraude, assim definida:

*“Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”.*

Não se deve confundir a figura da fraude, como qualquer conduta elisiva, com o intuito de evitar a ocorrência do fato jurídico tributário, não tendo qualquer sentido se punir o contribuinte apenas porque evitou, impediu ou retardou a ocorrência do fato gerador do tributo, uma vez que, fosse esse o sentido normativo do artigo, certamente, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, e não sendo dessa forma que deve ser interpretado.

A fraude, para ser caracterizada, consiste na conduta que dissimula a ocorrência do fato jurídico tributário ou que faz mascarar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento, disfarçando operações praticadas, utilizando dissimulação nos atos praticados pela sociedade empresária, devidamente caracterizada pelo confronto de provas.

Se o Fisco comprova que essa divergência entre provas e documentos revela uma prática idealizada para iludir, dissimular e ludibriar a Fazenda Pública, aí sim, estará demonstrado o dolo e conseqüentemente a fraude. Não me parece ser o caso em tela.

Já a simulação seria o ato no qual a parte que o pratica objetiva violar disposição legal, estando prevista no artigo 167 do Código Civil de 2002, sendo plausível o direito de a Fazenda Pública pleitear a anulação dos atos eivados de simulação, no interesse do Tesouro, e que no CTN, a possibilidade do lançamento de ofício, uma vez comprovado o dolo, a fraude e a simulação nos atos a cargo dos contribuintes, nos termos dos seus artigos 149, inciso VII e 150, § 4º.

Quanto ao conluio nada mais é do que a sonegação ou a fraude praticada por vários agentes que dolosamente se unem para tal fim, e não há nos autos qualquer notícia neste sentido.

Logo, não posso me alinhar ao posicionamento do autuante em relação a tais colocações, diante do fato de não se encontrar comprovada a prática dolosa, sequer este enumerou ou indicou qualquer conduta que pudesse ser enquadrada como tal, se apegando apenas ao fato mencionado em relação às DMA, rejeitando o argumento colocado, ainda que o mesmo não venha a influenciar na decisão.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise das mesmas.

Antes, entretanto, verifico que a defesa equivocada e repetidamente se refere ao lançamento como Notificação Fiscal, quando, em verdade, se trata de Auto de Infração, lavrado nos termos do artigo 38 do RPAF/99, vez que lançado crédito tributário superior a R\$ 39.720,00, senão vejamos:

*“Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória”.*

A defesa se apega ao argumento de não constar no Auto de Infração a origem e a natureza do crédito tributário, o enquadramento legal e a descrição completa dos fatos.

A este respeito, esclareço que assim determina o artigo 39 do RPAF/99:

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

*I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;*

*II - o dia, a hora e o local da autuação;*

*III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;*

*IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:*

*a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;*

*b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;*

*c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;*

*d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);*

*e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;*

*f) o total do débito levantado;*

*V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:*

*a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*

*b) tidos como infringidos;*

*c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;*

*VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;*

*VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;*

*VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;*

*IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;*

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

*§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

*§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.*

*§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.*

*§ 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária”.*

De tal inteligência se verifica da simples leitura dos autos, que todos os requisitos foram devidamente atendidos, por estarem presentes no momento da sua lavratura, inexistindo motivos ou razões para o mesmo ser tido como nulo.

Verifico, também, ter o autuante tido como infringidos os artigos indicados, tanto da Lei 7.014/96, a exemplo dos artigos 2º, inciso I, 8º, 23, 32, 49-C, quanto do Regulamento do ICMS da Bahia, como os artigos 289 e 332, além de Convênio ICMS, todas normas jurídicas de plena validade.

Lembro a respeito, o comando do artigo 19 do RPAF/99, em contraponto ao argumento defensivo utilizado.

*“Art. 19. 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”.*

Constato, pois, que todos os dispositivos legais enunciados no enquadramento legal acima apontados, bem como a descrição dos fatos que levaram a autuação, além das informações relatadas acima, fruto da indicação do autuante da motivação para a lavratura do Auto de Infração sustentam e embasam a infração apurada, além de que os demonstrativos de apuração mencionados e acostados aos autos, devidamente entregues à empresa autuada, identificam de forma clara e perfeita todos os requisitos de validade do lançamento alhures apontados.

Assim, a acusação, diferentemente do entendimento da defesa, foi sim, provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria escrituração fiscal do contribuinte, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de o mesmo atender aos requisitos previstos na legislação em vigor, mais um motivo para a rejeição do argumento trazido.

Por outro lado, os fatos geradores estão perfeitamente delineados, calcados na legislação, e como já dito, fartamente comprovados por documentos fiscais emitidos e recebidos pelo contribuinte, além de sua EFD, tanto é assim que a empresa alinhou fatos, eventos e carregou documentos a sua impugnação, o que conduz à conclusão de ter entendido perfeitamente a acusação posta, e dispor de elementos probantes capazes de elidir ou reduzir aquelas inseridas no corpo do Auto de Infração.

De igual maneira, a alegada carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam presentes no lançamento, primeiro, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as demais questões preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do estado da Bahia.

Foi franqueada ao contribuinte a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contraditório, inclusive e sobretudo a apresentação de elementos de prova e argumentos, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo pleno conhecimento.

Esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

*“O processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do -lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.*

*Exige:*

- 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;*
- 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;*
- 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;*
- 4- direito de apresentar defesa escrita”.*

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para as infrações lançadas, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto, reforço.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Nélson Nery Costa assim entendido: *“O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”*.

Logo, não há que se falar em falta de amparo legal para o lançamento efetuado, o que me leva a rejeição do argumento posto.

Em relação a afirmativa defensiva de que o autuante *“omitiu registro de saída de mercadoria no valor da diferença apurada, demonstrada pelos extratos de vendas ‘conseguidos’”*, acredito se tratar de um equívoco, desde quando não consta em qualquer das infrações tal acusação, sequer a autuação foi baseada em relatórios TEF como assegurado na impugnação, vez que estes elementos são típicos da auditoria de cartões de débito/crédito, infração não inserida no presente Auto de Infração, mas sim, em documentos emitidos e recebidos pelo contribuinte, além de sua escrituração fiscal, cuja responsabilidade pela transmissão e consistência, fidedignidade e higidez dos dados ali constantes é unicamente de responsabilidade da empresa autuada.

Se erros e equívocos são possíveis de acontecer, também é certo a legislação vigente estabelecer condições e prazos para que os mesmos sejam corrigidos, não obedecida pelo contribuinte, especialmente no tocante à EFD, cujo regramento se encontra nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

Quanto a alegação de que as infrações 01 e 02 possuem descrição idêntica para a períodos diferentes e iguais, sem especificar as operações tidas como irregulares, não havendo razão para tal, ocorrendo *bis in idem* e violação ao princípio do dever de fundamentação, a simples leitura da peça exordial do lançamento, constata que, de fato, as infrações 01 e 02 possuem a mesma descrição e codificação.

O que difere uma da outra, e isso se encontra devidamente esclarecido pelo autuante, é o fato de que a infração 01 ter sido verificada junto as notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, ao passo que na infração 02 os dados foram obtidos da análise das notas fiscais de consumidor eletrônicas, diversos, portanto, o que afasta qualquer dúvida acerca da existência de *bis in idem*, figura ausente do presente lançamento.

Também em relação ao argumento de que foi aplicada multa prevista em Lei para infrações capituladas no Regulamento, o que não é verdade, uma vez que a previsão primeira da norma legal no caso, a Lei 7.014/96 é meramente regulada e especificada no regulamento, como no caso presente, não havendo qualquer irregularidade ou mácula no lançamento por tal fato, uma vez que todas as condutas indicadas como violadas encontram a devida previsão na Lei, como não poderia deixar de ser.

Assim ficam as questões preliminares devidamente rejeitadas.

No mérito, para a infração 01, invoca-se a improcedência, tendo em vista serem mercadorias isentas, de acordo com o Convênio ICMS 01/99, sendo o trabalho do julgador analisar o demonstrativo colacionado pelo autuante na mídia acostada aos autos (fl. 56), com a tabela inserida como Anexo ao referido Convênio.

Feito tal cotejo, constato que os produtos “álcool 70%”, “álcool absoluto 99,5%”, de NCM 2207.20.19 e 2207.10.90, respectivamente, não se encontram listados no Anexo ao Convênio ICMS 01/99.

Já o produto “suspensório escrotal” de NCM 9021.10.10 não se encontra descrito no Anexo ao Convênio 01/99, ainda que tal NCM raiz (9021) o esteja para produtos como “endoprótese femural não cimentado” (NCM 9021.31.10), “Prótese de quadril Thompson normal” (NCM 9021.31.10), “componente patelar” (NCM 9021.31.90), “Placa Jewett comprimento acima 150 mm” (NCM 9021.10.20), diversos pois, tanto na descrição como na NCM, daqueles autuados.

Verifico que a NCM 3004.90.99, efetivamente, tem previsão no mesmo, mas para “*Conjuntos de troca e concentrados polieletrólíticos para diálise*” (item 4), produto diverso de “*cloreto de sódio 0,9%*”, (NCM 3004.90.99), arrolado na autuação, que de acordo com a ANVISA ([www.anvisa.gov.br](http://www.anvisa.gov.br)) “*é utilizada para o restabelecimento de fluido e eletrólitos. A solução também é utilizada como repositora de água e eletrólitos em caso de alcalose metabólica (aumento do pH do sangue) de grau moderado, em carência de sódio e como diluente para medicamentos*”, descrição diversa, pois, da prevista no Convênio.

Fato é que a autuada não indicou com precisão, mas de forma genética a existência de algum produto dentre os autuados cuja NCM e descrição, critérios utilizados para a sua caracterização como inserido na isenção se encontravam presentes, o que fragiliza a acusação, e em função das observações acima, contribui para a manutenção da infração.

Esta é a mesma situação da infração 02, semelhante à infração 01, apenas apurada através de levantamento junto as notas fiscais de consumidor eletrônicas emitidas pelo contribuinte, reitero.

Posso destacar, no mesmo sentido da infração anterior, que a NCM 4014.90.10, arrolada na autuação para o produto “bolsa térmica gelo hot/cold”, não tem previsão de isenção no Convênio, o que demonstra a correteza da autuação.

Mesma situação da NCM 3926.90.40 que inexiste listada no Anexo ao Convênio ICMS 01/99, o que justifica a manutenção na autuação para a mesma.

Em relação a infração 03, que versa acerca da cobrança do imposto partilhado, destinado ao estado da Bahia, origem da operação, o sujeito passivo tece uma série de considerações acerca de questões relativas a constitucionalidade de norma, em relação as quais o artigo 125, inciso I, do COTEB estabelece: “*Não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade*”, o que me impede de tecer maiores comentários a respeito.

Quanto a base de cálculo, o Convênio ICMS 93/15, de forma didática, assim determina os §§ 1º e 1º-A da Cláusula Segunda:

*“§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.*

*§ 1º-A O ICMS devido às unidades federadas de origem e destino deverão ser calculados por meio da aplicação das seguintes fórmulas:*

*ICMS origem = BC x ALQ inter...”*

Onde BC = base de cálculo do imposto, observado o disposto no § 1º e ALQ inter = alíquota interestadual aplicável à operação ou prestação;

Assim, não há qualquer novidade na sistemática de cobrança do imposto devido ao estado de origem, no caso, a Bahia, descabendo os argumentos defensivos a respeito de “cobrança por dentro” e “cobrança por fora”.

Entretanto, analisando o demonstrativo elaborado pelo autuante e constante na mídia de fl. 56, constato que, em verdade, se está sendo cobrado o ICMS partilhado destinado ao estado de destino das mercadorias, cujo destaque inexiste nos documentos fiscais arrolados. Tal infração, é diversa daquela constante da acusação que vem a ser “*O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo Simples Nacional, deixou de recolher o ICMS partilhado* –



*devido ao estado da Bahia em função da EC nº. 87/15 - em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto - localizado em outra unidade da Federação” (grifei).*

Ou seja: existe um descompasso entre a acusação e os fatos apurados, sendo que desta forma, fica devidamente caracterizada a nulidade da infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, no sentido de que será considerado nulo “o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”, bem como a jurisprudência assente neste CONSEF. Infração nula.

Por fim, na infração 04, mais uma vez o relator está legalmente impedido para analisar questões que envolvam a constitucionalidade das normas, nos termos do já mencionado artigo 125, “a”, do COTEB.

Em relação a decisão judicial do STF acerca do DIFAL, este não se apresenta como o melhor fórum para tal discussão.

Friso, inicialmente, ser o entendimento da SEFAZ para o enquadramento, aquele que consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, dentre tantos outros.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Partindo de tal premissa, tal como na infração 01 e 02, ainda que a defesa não tenha enfrentado de forma direta a acusação, analisarei os produtos autuados.

Vejamos a NCM 4015.11.00, correspondente, na autuação, a “luvas cirúrgicas estéreis”. Tal NCM se encontra arrolada no Anexo 1 ao RICMS/12, como sujeita a substituição tributária para o ano de 2016 e 2017 no item 9.12 (Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – neutra).

O mesmo ocorre com produtos com NCM 3004.90.99 “ringer com lactato SF 500 ml”, 3005.90.19 “algodão em bola”, 3005.10.20 que vem a ser “curativo cremercere transparente Cremer”, 3005.90.90, “curativo cirúrgico estéril”, que devem ser mantidos no levantamento.

Produto com NCM 3005.10.90 “bandagem elástica adesiva”, 5203.00.00“, não se encontram no Anexo 1 ao RICMS/12 o que implica na retirada do levantamento, e encaminha a infração para a sua procedência parcial em R\$ 84.409,89, de acordo com a seguinte demonstração:

2016

Março	R\$ 3.854,74
Abril	R\$ 3.709,32
Maio	R\$ 3.556,44
Junho	R\$ 3.053,71
Julho	R\$ 495,90
Agosto	R\$ 4.491,71

Setembro R\$ 6.789,11

Outubro R\$ 9.193,43

Novembro R\$ 681,48

Dezembro R\$ 3.681,18

2017

Janeiro R\$ 1.365,59

Março R\$ 3.594,30

Abril R\$ 1.509,52

Maiο R\$ 2.716,01

Junho R\$ 3.759,85

Julho R\$ 7.206,77

Agosto R\$ 4.564,84

Setembro R\$ 853,30

Outubro R\$ 4.060,18

Novembro R\$ 2.261,26

Dezembro R\$13.011,25

Todavia, em contraposição aos argumentos defensivos trazidos, em relação a as multas aplicadas, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “*jus imperium*”.

No campo tributário, como já visto anteriormente, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao

promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, não se pode arguir, como feito, arbitramento da multa sugerida, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando ao talante de quem quer que seja.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono duas decisões do STF: A primeira, através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

*“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.*

*Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.*

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

*“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.*

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.*

Na segunda, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.092.673/GO, julgado pela 2ª Turma do STF, em 26/10/2018:

*“...O Ministro Luiz Fux, Relator do RE 736.090-RG, em sua manifestação no Plenário Virtual, consignou o seguinte:*

*‘[...] Discute-se, na espécie, a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual §1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei federal nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório na seara tributária’.*

*7. Quanto ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Tal como constatou a decisão agravada, em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas multas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.*

8. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, 'embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal' (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

*'TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral'. (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio).*

*'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.*

*I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.*

*II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.*

*III Agravo regimental improvido'. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)".*

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto, calcada na letra da Lei vigente, com plena aplicabilidade, não se podendo falar em penalidade arbitrada, diante do raciocínio acima exposto, e por haver a devida e necessária previsão legal, não sendo aplicada à vontade e talante do autuante, como entende a defesa.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, por completo impedimento legal, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Quanto a Lei 9.298/96, trazida como paradigma pela autuada, não pode ser acolhida, vez que apenas "altera a redação do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.087, de 11 de setembro de 1990, que 'dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências'", matéria estranha ao direito tributário, razão pelo seu não acolhimento.

Em relação ao pedido para que se determine a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior deliberação, tal fato se mostra desnecessário, à vista do teor do artigo 141 do CTN:

*"Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias".*

Tal comando é complementado pelo do artigo 151 do mesmo diploma legal:

*"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

*I - moratória;*

*II - O depósito do seu montante integral;*

*III - As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*

*IV - A concessão de medida liminar em mandado de segurança".*

Em observância ao mesmo, a apresentação de impugnação, de forma automática determina a requerida suspensão, prevista no inciso III acima copiado.

Quanto a suspensão da exclusão do Simples Nacional ou qualquer medida penalizadora, em primeiro lugar, observo, de acordo com o documento cadastral de fls. 15 e 16 não estar

enquadrado o sujeito passivo na condição de optante do Simples Nacional, o que torna inócuo tal pedido.

Além disso, a exclusão do contribuinte de tal regime, somente pode se operar nos termos previstos na lei, bem como a imposição de qualquer outra penalidade, razão para o não acolhimento de tal pedido, eis que inócuos.

Além disso, inexistem nos autos elementos que comprovem que o contribuinte não obteve a sua certidão positiva com efeitos negativos.

Finalmente, em relação à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas exclusivamente na pessoa de seu advogado, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam lhes ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, como pretendido, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico, instrumento inclusive utilizado para a ciência do início da ação fiscal, consoante relatado e encerramento dos trabalhos de auditoria, com ciência do lançamento ao autuado, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser corriqueiramente adotado por diversos órgãos, inclusive o Poder Judiciário.

Quanto a decisão trazida do STJ a respeito pela defesa, esclareço não se tratar de tema relativo ao processo administrativo tributário, e como tal, não pode ser aproveitada em favor do contribuinte, até pelo fato de nele não ser a presença do advogado obrigatória e imprescindível para o seu desenrolar, ainda que importante.

Em conclusão, o lançamento se apresenta parcialmente subsistente em R\$115.289,68, de acordo como seguinte demonstrativo;

Infração 01 R\$ 13.803,95

Infração 02 R\$ 17.075,84

Infração 03 R\$ 0,00

Infração 04 R\$ 84.409,89

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **299430.0024/21-1**, lavrado contra **TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$ 115.289,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “d” e

“f” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 29 de abril de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR