

PROCESSO - A. I. N° 299430.0025/21-8
RECORRENTE - TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0082-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - 08/08/21023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF N° 0190-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Incabível prosperar a tese defensiva decadencial, porque em virtude da transmissão das DMAs sem indicação de imposto a pagar, o contribuinte não permitiu ao fisco que obtivesse conhecimento de que corria em seu favor crédito tributário declarado, mas não quitado, de modo que pudesse logo agir para providenciar a sua recuperação. Aplicação do disposto no art. 173, I do CTN. Prejudicial recusada. Preliminares afastadas. Razões empresariais de mérito não superam a exigência estatal, seja porque desconectadas da matéria controvertida, seja porque residem no campo da generalidade. Pedidos subsidiários igualmente rejeitados, inclusive em relação à penalidade pecuniária. Irregularidade procedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0082-05/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/12/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 311.628,03 pelo cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 002.001.001 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte deixou de recolher o ICMS apurado na sua escrita fiscal no exercício de 2016. Registre que nada foi recolhido naquele exercício, inclusive todas as DMAs foram enviadas com saldo credor do ICMS inexistente, tudo conforme demonstrativo, extratos da apuração do ICMS nas EFDs e das mencionadas DMAs, que seguem em anexo.

Enquadramento legal feito com esteio no art. 2º, I, e art. 32, ambos da Lei 7014/96, c/c o art. 332, I do RICMS-BA, mais multa prevista no art. 42, II, “f” da lei atrás mencionada.

Fatos geradores alcançados vão de janeiro a dezembro de 2016.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 45 a 62), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 74 a 77), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que após análise julgou Procedente (Fls. 82 a 89), nos seguintes termos:

VOTO

Exames preliminares:

Alega-se vilipêndio ao contraditório, porquanto o contribuinte - antes da autuação - não foi intimado para esclarecer acerca da irregularidade. Embora desejável haver no procedimento fiscal um diálogo entre o fisco e o contribuinte, a falta de contraditório nesta fase não enseja a nulidade da ação fiscal, em face da inquisitorialidade que norteia a atuação do fisco. Pedido de anulação afastado.

O impugnante busca a nulidade da cobrança, por insegurança na determinação da irregularidade, posto que os fatos não correspondem à infração e à sua fundamentação legal. A autuação está bem conformada. Compreende-se perfeitamente qual a pretensão estatal: cobrar a falta de recolhimento de ICMS apurado na

escrita relacionada aos fatos geradores sucedidos em 2016. A correlação entre o fato infracional e as normas violadas está correta, sem haver contradições de qualquer espécie, tampouco ausência de especificidade ou de nexo de causalidade. Nulidade rejeitada.

Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais, ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Solicita a impugnante que as próximas intimações sejam encaminhadas exclusivamente em nome e para o endereço do advogado subscritor da peça defensiva, sob pena de nulidade. Isto com base no art. 272, § 2º do CPC, além de outros dispositivos.

Cumpre logo referenciar que as disposições legais mencionadas na defesa, não obrigam o sujeito ativo a enviar as intimações e demais atos processuais exclusivamente para o mandatário da autuada.

Esta relatoria, em processos anteriores, acolhia o pleito dos patronos da autuada em fazer o órgão de preparo direcionar as comunicações processuais para o endereço indicado na petição, sob pena de nulidade, admitindo plenamente a regra processual judicial, **sem as adaptações necessárias ao processo administrativo tributário**. Todavia, ao evoluir no raciocínio, o entendimento passou a ser diverso.

Não se descarta a possibilidade de o setor de preparo encaminhar os comunicados processuais também para o endereço apontado pelo advogado. Mas a falta desta providência não implica em nulidade do processo. Isto porque o RPAF baiano contém norma específica, de aplicação direta, esta sim de caráter vinculativo, como preferencial para dar ciência ao sujeito passivo das intimações efetivadas no processo.

Logo, a subsidiariedade dos invocados dispositivos do CPC deve aqui ser admitida com ressalvas.

Quando o contribuinte apresenta domicílio tributário eletrônico (DT-e) ao Estado da Bahia, fica sendo este o **canal de comunicação oficial tanto para envio como para recebimento das comunicações administrativas processuais, extraprocessuais e procedimentais envolvendo os impostos estaduais**. A ciência – expressa ou tácita – indica que o sujeito passivo tomou regular conhecimento do conteúdo da intimação, admitida sempre a demonstração cabal em contrário.

Nada impede que o Estado opte por outra via, ou simultaneamente por mais de uma delas, **mas tal decisão sempre caberá ao sujeito ativo, na esteira do art. 127 do CTN, à vista das inovações tecnológicas hoje existentes**.

Esta é a melhor interpretação que se colhe dos arts. 108 e 109 do RPAF-BA:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 108 pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa via postal:

a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;

b) tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação (destacamos).

A própria legislação processual civil vem sendo alterada para dar espaço às inovações tecnológicas disponibilizadas, no intuito de facilitar as comunicações entre os atores do processo. Abordando temas multidisciplinares, sob o capítulo denominado “DA RACIONALIZAÇÃO PROCESSUAL”, a recentíssima Lei Nacional 14.195, de 26.8.2021, implantou mudanças no art. 77 do CPC, inciso VII, impondo às partes, procuradores e demais participantes do processo, a obrigação de informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos judiciais, e em alguns casos, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações. Veja-se o dispositivo:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

...

*VII- informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e **intimações** (destacamos).*

No mesmo sentido, o art. 246, § 1º do mesmo diploma legal:

*As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e **intimações**, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (destacamos).*

Fácil relembrar, que diferente da citação, o ato de intimação, segundo o art. 269 do CPC vigente, “é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo” (sic.).

O processo administrativo tributário baiano convive com um sistema híbrido, ora praticando-se atos pelos meios de comunicação tradicionais, ora praticando-se atos através dos meios mais modernos de comunicação, inclusive sessões virtuais de julgamento. Quanto mais se puder empreender esforços para se optar pela segunda alternativa, tanto melhor será para a satisfação dos princípios da razoável duração do processo, da oficialidade, da informalidade, do contraditório e da ampla defesa, entre outros. Enfim, tanto melhor será para a qualidade do crédito tributário e para a justiça fiscal.

Assim, é de bom alvitre priorizar no processo administrativo tributário, o envio das intimações para o domicílio tributário eletrônico do sujeito passivo, hoje com dever processual de atualizar seu endereço, e de acessá-lo constantemente para saber de suas tratativas com o fisco. Tal conduta vem se traduzindo hábito enraizado no cotidiano empresarial, à semelhança daquele no qual as pessoas diariamente consultam as redes sociais.

Através do link <https://www.migalhas.com.br/depeso/190701/domicilio-tributario-eletronico---dte-e-mudanca-da-contagem-dos-prazos-no-processo-administrativo-tributario>, os advogados tributaristas Mary Elbe Queiroz e Antonio Carlos F. de Souza Junior assim articulam acerca do DT-e:

Com o avanço tecnológico e o aperfeiçoamento dos sistemas de informática, o uso do papel vem se tornando cada vez mais obsoleto. No âmbito do Direito, nos últimos anos o processo eletrônico passou a ser uma realidade na prática jurídica brasileira.

A criação do DTE - Domicílio Tributário Eletrônico é um tema vital para os contribuintes, mas que muitos ainda não perceberam a sua importância, pois a não observância dos novos prazos poderá implicar a perda de direitos de defesas, impugnações e recursos dos contribuintes. Daí o nosso alerta para a necessidade do conhecimento e a correta observância das respectivas normas.

Não se trata aqui de desprezar a importância que assume o advogado no processo administrativo, até porque a lei adjetiva civil invocada, não determina que tais intimações sejam feitas pessoalmente, com ciência assinada tão-somente pelo profissional da advocacia. Muito pelo contrário. Aqui se pretende preservar a figura profissional do advogado. Acaso seja feito deste jeito, corre-se o risco até da intimação seguir via Correios para o endereço declarado na impugnação, por aviso de recebimento, e a pessoa que recebê-la (um porteiro,

um preposto, um empregado), por algum motivo, não reencaminhá-la para quem de direito. Nesta situação - vista com relativa frequência nos processos -, causídico e contribuinte amargariam prejuízos advindos deste lapso de iniciativa.

No processo administrativo, até para garantir as missões constitucionais da advocacia, devem as comunicações ser dirigidas diretamente ao domicílio tributário eletrônico do sujeito passivo, que interessado direto na causa e ciente da medida, cuidará imediatamente de deixar o seu constituído a par dos acontecimentos.

Repetimos e sintetizamos nosso posicionamento: recomendável que o órgão de preparo providencie dar simultaneamente ciência eletrônica a causídico e contribuinte. Absolutamente recomendável. Mas a falta desta dupla providência não implicará em nulidade, bastando ficar patenteado nos autos que o sujeito passivo foi regularmente cientificado do comunicado processual através de seu domicílio tributário eletrônico, que esteja em pleno funcionamento.

Indefiro este pedido de exclusividade.

Prejudicial de mérito:

O contribuinte invoca em seu favor ter decaído o direito do Estado constituir o crédito tributário, por força do art. 150, § 4º do CTN, cuja contagem do prazo começa a fluir a partir da ocorrência do fato gerador, e termina com a sua ciência do lançamento de ofício.

Neste diapasão, o auto de infração alcança fatos geradores ocorridos a partir de janeiro a dezembro de 2016, e o sujeito passivo é dele notificado em 06.12.2021. Destarte, no entender da defendente, não há mais como se cobrar o tributo.

A autuação mira a falta de pagamento de ICMS decorrente de operações registradas na escrita. Verifica-se através das DMAs juntadas ao PAF que a impugnante declarou a ocorrência de constantes saldos credores durante todo o período auditado.

Conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no processo 2016.194710-0, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que a obrigação tributária de pagar o tributo for exteriorizada através de declarações econômico-fiscais e, na pior das hipóteses, parte deste valor ser recolhido.

A hipótese dos autos mostra o contrário: a despeito de existir saldo devedor de ICMS a pagar, preferiu o contribuinte levar ao conhecimento do fisco – com a transmissão de informações econômico-fiscais - que nada deveria recolher. Neste esquadro, à época da ocorrência dos fatos geradores não tinha o sujeito ativo condições de identificar uma dívida em seu favor, para que pudesse em função disto tomar as providências constitutivas do crédito tributário.

A declaração de saldos credores nas DMAs, somada à inexistência de recolhimentos para qualquer competência de 2016, induziu a erro o Estado, no sentido de, em princípio, deduzir que nada havia a investigar acerca das operações praticadas pela defendente naquele exercício fiscal.

Tal cenário, portanto, faz deslocar o disparar da contagem decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos moldes do art. 173, I do CTN, na esteira do entendimento sufragado pela PGE citado anteriormente, cujo trecho – destacado pelo autuante - merece aqui repetição:

“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 inserida no art. 173, inciso I, do CTN” (destacamos).

Logo, com base neste raciocínio, é de se afastar a alegação de decadência, considerando que os seus efeitos jurídicos só seriam sentidos, no presente caso, se o contribuinte tomasse conhecimento da pretensão estatal a partir de janeiro de 2022.

Registre-se apenas que esta relatoria defende o entendimento de que o estado inercial do sujeito ativo desaparece quando o crédito tributário é constituído, aí configurado o momento em que o seu direito material de exigir tributo se materializa, conforme fio lógico interpretativo já externado em pronunciamentos anteriores, dos quais destaco o contido no Ac. JFJ Nº 0189-05/19. Todavia, rendo-me ao princípio da colegialidade, e acompanho o entendimento uniformizado na Súmula 12 do CONSEF, até porque, neste PAF, tal questão não se mostra pertinente.

Pedido de aplicação da decadência rejeitado.

Exames de mérito:

Algumas questões de mérito são oferecidas pela impugnante.

Como primeiro ponto, argui em seu favor o enunciado contido na Súmula 07 do CONSEF.

O dito entendimento sumulado, nada tem a ver com a natureza da infração sob debate. Aqui se discute a falta de pagamento de imposto decorrente de operações escrituradas; ali a matéria atine à presunção de omissão de saídas prevista no art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei 7.014/96, em virtude da ausência de registro de entradas de mercadorias. Aqui as operações sem cumprimento da obrigação tributária estão devidamente reconhecidas pelo contribuinte na sua escrita; ali as operações sequer foram escrituradas. Aqui a cobrança é feita com base em elementos probatórios concretos; ali a cobrança é feita por presunção. São, portanto, situações jurídicas inteiramente distintas. Sem razão o contribuinte.

Como segundo ponto, alega a contestante, que com base em suposta omissão, o autuante aponta descritivo da infração que “o contribuinte omitiu registro de saída de mercadoria no valor da diferença apurada, demonstrada pelos extratos de vendas ‘conseguidos’” (sic.), de forma que o fundamento legal da autuação, não condiz com a conduta descrita.

Não é isso que se extrai do teor do auto de infração. Em verdade, a irregularidade lançada acusa ausência de pagamento do imposto estadual nos prazos regulamentares, decorrentes de operações inseridas na escrita fiscal mas não declaradas nas DMAs, porquanto estas apenas indicaram incessantemente saldos credores de ICMS, e por conseguinte, saldo devedor zero a recolher. Nenhuma correlação tal irregularidade tem com omissões de registros de saídas. Novamente improcede o pleito empresarial.

Como terceiro ponto, o sujeito passivo sustenta não ser possível demonstrar o fato tributável perseguido pelo fisco através de indícios e presunções.

Na realidade, às fls. 04 a 38, o autuante juntou elementos fiscais-contábeis que comprovam concretamente ser o autuado devedor de tributo estadual, nos montantes consignados nos demonstrativos fiscais correspondentes. Mais uma vez, carece de consistência o pedido da defendente.

Como último ponto, a autuada considerou “impugnadas as planilhas e cálculos” elaborados pela auditoria.

Entretanto, não apontou quais números estariam incorretos ou deixassem de refletir a realidade. Apenas mencionou laconicamente que os cálculos ficavam impugnados. Isto equivale a apresentar defesa genérica, limitando-se a negar o cometimento da irregularidade sem qualquer respaldo argumentativo, o que faz incidir a circunstância inscrita no art. 143 do RPAF-BA, a saber:

A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Afastada a tese empresarial.

Exames de pedidos subsidiários:

Em primeiro lugar, pede a autuada a suspensão da exclusão do Simples Nacional ou a aplicação de qualquer outra medida penalizadora.

Inexiste lógica material entre este pleito e a análise do caso concreto. Não há elementos que qualifiquem a empresa como optante do Simples Nacional. Tampouco se aventa no PAF de desenquadramento da impugnante do citado regime tributário. Inclusive as próprias DMAs transmitidas comprovam pertencer o contribuinte ao regime do conta-corrente do ICMS. Afastado, porque impertinente, o pedido de suspensão do regime simplificado.

Por fim, a defendente investe contra o percentual de multa proposto, pleiteando a sua redução de 60%, para 20%, em homenagem aos princípios da proibição de confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

À vista do estatuído no art. 167, I do RPAF-BA, falece competência a este Colegiado, examinar a inconstitucionalidade de dispositivos legais stricto sensu em vigor no Estado da Bahia.

A penalidade proposta tem previsão no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, de sorte que tem esteio na lei e não pode ser aqui menosprezada, em razão de supostas desconformidades constitucionais.

Improcede o pedido de redução da multa.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 99 a 114) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicialmente diz que conforme reiteradas decisões, já está pacificado neste CONSEF o entendimento de que a ocorrência de prejuízo no resultado com mercadorias ou de distorções no custo de mercadorias vendidas que impliquem custo negativo são meros indícios de subfaturamento ou de omissão de operações mercantis, porém tal ocorrência, por si só, não chega

a caracterizar ilícito fiscal.

Embora o contribuinte não tenha satisfatoriamente se explicado durante o procedimento fiscal, mesmo com a lavratura do AUTO não pode se defender, pois, não há enquadramento adequado da infração. Basta a leitura simples.

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). É o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses. É, também, 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 como exemplo a decisão da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais assim se pronunciou a respeito da questão, transcreve a ementa:

EMENTA - 1. ICMS - Auto de Infração. 2. O demonstrativo físico contábil ou econômico, realizado através de levantamento fiscal, é uma prática de fiscalização hábil para apuração do movimento real tributável, por ter amparo na legislação tributária estadual. 3. A omissão de entrada caracteriza, apenas presunção de omissão de saída e assim deve ser considerado, cabendo um aprofundamento da ação fiscal para confirmação ou não dessa omissão. 4. Auto de Infração e Notificação Fiscal deve capitular claramente a infração cometida e a penalidade decorrente deve estar consistente com a descrição do ilícito fiscal. 5. Recurso ex officio improvido e recurso voluntário provido. Decisão: Unânime, em 03/11/92. (destaques nossos) (Acórdão nº 134 - 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais (MG). Recurso nº 799 – Ex Officio e Voluntário. Relator: Walmir Hugo Dos Santos)

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.

Nesse contexto, 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.

Primeiramente, observa-se que na legislação apontada pela autoridade fiscal, aduz que seria penalizável a omissão de receitas ou o pagamento a menor do tributo.

Consta do processo do Auto de Infração 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 do agente foi efetuado supostamente com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação e Notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas) e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (notas fiscais de saídas e LRE). Ou seja, tudo que o agente de tributos 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.

Segundo Celso Antônio Bandeira De Mello, a verdade material *consiste em que a administração, ao invés de ficar adstrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a*

administração deve sempre buscar a verdade substancial.

O que se quer dizer é que, mesmo em auto inquisitorial, a fiscalização poderia ter concedido a empresa e a sua contabilidade tempo hábil para promover os documentos que entendessem pertinentes. Isso, por si, já atrairia a necessidade de perícia e aprofundamento.

Há cerceamento ao direito de defesa e evidente prejuízo ao autuado, quando o órgão julgador *a quo* deixa de apreciar e de manifestar seu entendimento sobre as alegações defensivas e quando o autuante deixa de atender o pedido de diligência formulado pelo autuado.

Além dos pontos recorridos, questiona que mesmo na remota hipótese de procedência do lançamento, há indevido acréscimo moratório decorrente da indevida cumulação da Taxa Selic com juros de mora de 1% mensal, pois, além da multa de mora, consta no Auto de Infração acréscimos moratórios, decorrente de indevida cumulação da SELIC com juros de mora, nos termos previstos no art. 102 do COTEB, situação legalmente vedada, conforme reiterados entendimentos do STF, a exemplo do STF. ARE 656195, Dje de 20/02/2013.

Pede ainda pela decadência, pois sem embargos, é salutar informar que a exigibilidade de eventuais tributos, de dezembro de 2016 e início de 2017 estão prescritos, posto que a intimação do Auto apenas ocorreu em dezembro de 2021. Com efeito, a decadência refere-se à perda do direito de constituição do crédito tributário pelo lançamento. Trata-se de causa de extinção do crédito tributário nos termos do Art. 156, V, c/c 142 do CTN.

Observa também que a acusação em discussão não está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado sem razão de ser, inclusive, sendo desconsideradas as informações e planilhas, bem como as provas do autuado. No mérito, a infração, que acusa o autuado de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operação tributável como não tributável, regularmente inscritas, não se amoldam a norma e nem as recentes decisões dos tribunais.

Outrossim, é cediço que o regime de substituição tributária não deve ser aplicado às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial. É o que dispõe o Inciso III, do § 8º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Como aponta Notificação, 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. Neste sentido, constata-se 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.

A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que 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. Aliás, aqui se encontra mais um vício no auto, qual seja, aduzir inexistência de Nota Fiscal e depois aduzir que havia nota fiscal acobertando mais de uma mercadoria.

Cita a Lei nº 9.298/96 na qual estipula que a multa não pode exceder a 2%, tendo em vista que este percentual diz referência aos casos de não cumprimento de obrigação.

Por derradeiro, em que pese não ter havido razão para infração e muito menos para multas, o fiscal entendeu que deveria arbitrar multas no importe de 100%. Porém, 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, quando excedido esse percentual, é necessário que haja essa redução, quer seja ao particular, quer seja para o fisco.

Quanto às infrações 04 e 05, as multas devem ser reduzidas para 20%, se a infração ainda persistir,

em face de prescrição intercorrente, porém, apesar destas alegações, o auto tem apenas a infração 01.

Por fim, requer a citação do patrono para qualquer ato, sob pena de nulidade; que seja declarada a decadência/prescrição dos fatos geradores praticados até dez/2016 e início de 2017, que se digne o nobre julgador em determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior deliberação e requer, ainda na fase administrativa, que se digne os Julgadores a alinhar as respeitadas decisões com o atual posicionamento do STF reduzindo o total das multas de 60% para 20%.

Em voto de primeira instância, o ilustre relator diz que conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no Processo **2016.194710-0**, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que a obrigação tributária de pagar o tributo for exteriorizada através de declarações econômico-fiscais e, na pior das hipóteses, parte deste valor ser recolhido, conforme se observa da transcrição abaixo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

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

Na descrição da autuação, o autuante diz existir saldo devedor de ICMS a pagar, pois preferiu o contribuinte levar ao conhecimento do fisco – com a transmissão de informações econômico-fiscais - que nada deveria recolher. Neste esquadro, à época da ocorrência dos fatos geradores não tinha o sujeito ativo condições de identificar uma dívida em seu favor, para que pudesse em função disto tomar as providências constitutivas do crédito tributário, e este foi o argumento utilizado pela decisão de piso, informando que tais erros prejudicou a cobrança pelo Estado.

Diz ainda a decisão que tal cenário, portanto, faz deslocar o disparar da contagem decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos moldes do art. 173, I do CTN.

Diante de todas as considerações da recorrente, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na assentada de julgamento datada 14/12/2022, após a leitura do relatório e identificação da matéria objeto da lide, decidiram remeter os autos em diligência à **PGE/PROFIS** baseando no previsto do Art. 137, inciso II do RPAF/BA com o objetivo de elucidar o seguinte questionamento.

1) No tocante à decadência suscitada pela Recorrente, e considerando as razões apresentadas, deverá ser observado o Art. 150, § 4º ou o Art. 173, inciso I, do CTN?

Em seu parecer, a PGE-PROFIS-NCA-JAM inicia dizendo que “compulsando os fatos narrados e expostos nos autos, observa-se, em especial pelas DMAS aviadas aos autos que as mesmas não guardam qualquer congruência com a apuração do ICMS, no período do lançamento, apontada no EFD.

As DMAS produzidas pelo contribuinte não apontaram qualquer saldo devedor do imposto, inexistindo, por conseguinte, qualquer recolhimento do ICMS. Entretanto, os livros fiscais reproduzidos e espelhados na Escrituração Fiscal Digital indicam saldos devedores, omitidas nas DMAS, sem qualquer pagamento.

Assim, conforme evidenciado nos autos, a situação em apreço não se encarta no quanto prescrito no art. 150, § 4º, do CTN. A um, por inexistir qualquer pagamento no período a caracterizar o caso como situação espelhada na jurisprudência do STJ e no incidente de uniformização da PGE. A dois, por ser absolutamente claro nos autos uma simulação de valores nas DMAS, valores estes completamente dissonantes das informações colhidas na EFD do contribuinte.

Portanto, aplica-se no caso vertente o quanto disposto no Art. 173, I, do CTN, conforme esposado no incidente de uniformização da PGE, cujos trechos são transcritos nas folhas 129 a 131.

VOTO VENCIDO

Conforme relatado, tem-se o presente de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0082-05/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/12/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 311.628,03 pelo cometimento de uma única infração, embora no Recurso anexado aos autos, a Recorrente cite as infrações 04 e 05, o que não é o caso do presente processo.

Conforme se verifica da atuação, esta foi lavrada pelo não recolhimento do ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte deixou de recolher o ICMS apurado na sua escrita fiscal no exercício de 2016. Registre que nada foi recolhido naquele exercício, inclusive todas as DMAs foram enviadas com saldo credor do ICMS inexistente, tudo conforme demonstrativo, extratos da apuração do ICMS nas EFDs e das mencionadas DMAs, nos períodos de Janeiro a Dezembro de 2016.

Como base para a atuação, a fiscalização de baseou no Art. 2º, I, e art. 32, ambos da Lei nº 7014/96, c/c o art. 332, I do RICMS-BA, mais multa prevista no art. 42, II, “f” da lei atrás mencionada.

Inicialmente faz-se necessária a análise da decadência, suscitada pela Recorrente, pois diz sem embargos, que é salutar informar que a exigibilidade de eventuais tributos, de dezembro de 2016 e início de 2017 estão prescritos, posto que a intimação do Auto apenas ocorreu em dezembro de 2021. Com efeito, a decadência refere-se à perda do direito de constituição do crédito tributário pelo lançamento. Trata-se de causa de extinção do crédito tributário nos termos do Art. 156, V, c/c 142 do CTN.

Em voto de primeira instância, o ilustre relator diz que conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no Processo **2016.194710-0**, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que a obrigação tributária de pagar o tributo for exteriorizada através de declarações econômico-fiscais e, na pior das hipóteses, parte deste valor ser recolhido, conforme se observa da transcrição abaixo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

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

Entretanto, na descrição da atuação, o autuante diz existir saldo devedor de ICMS a pagar, pois preferiu o contribuinte levar ao conhecimento do fisco – com a transmissão de informações econômico-fiscais - que nada deveria recolher, considerando o quanto declarado nas DMAs. Diante deste cenário, disse que à época da ocorrência dos fatos geradores não tinha o sujeito ativo condições de identificar uma dívida em seu favor, para que pudesse em função disto tomar as providências constitutivas do crédito tributário, e este foi o argumento utilizado pela decisão de piso, informando que tais erros prejudicou a cobrança pelo Estado.

Diz ainda a decisão que tal cenário, portanto, faz deslocar o disparar da contagem decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos moldes do art. 173, I do CTN.

Inclusive este é o entendimento corroborado pela PGE conforme parecer anexo autos, fls. 128 a 131, ao ser questionada, se no caso da decadência suscitada pela Recorrente, e considerando as

razões apresentadas, deverá ser observado o Art. 150, § 4º ou o Art. 173, inciso I do CTN.

Diz a PGE que a situação em apreço não se encarta no quanto prescrito no art. 150, § 4º do CTN. A um, por inexistir qualquer pagamento no período a caracterizar o caso como situação espelhada na jurisprudência do STJ e no incidente de uniformização da PGE. A dois, por ser absolutamente claro nos autos uma simulação de valores nas DMAs, valores estes completamente dissonantes das informações colhidas na EFD do contribuinte.

Encerra dizendo, *“Portanto, aplica-se no caso vertente o quanto disposto no Art. 173, I, do CTN, conforme esposado no incidente de uniformização da PGE, cujos trechos são transcritos nas folhas 129 a 131”*.

Embora seja este o entendimento da decisão de piso e da d. PGE, ao dizer que *“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 inserida no art. 173, inciso I do CTN”*. Porém, o que se observa é que os débitos estão demonstrados na EFD do Contribuinte, o que não prejudicou a referida cobrança, tendo em vista que de acordo com a legislação estadual, os valores a recolher estão ali contidos, atendendo o disposto no art. 247 do RICMS/BA.

No que tange ao débito declarado, é fundamental recorrer ao previsto no Art. 54-A do RPAF/BA, abaixo transcrito:

RPAF/BA

...

*Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em **documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação** ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário (grifos nossos).*

Observa-se que o referido artigo fala que o sujeito passivo deve declarar o débito tributário em documentos de informações econômicas fiscais previstas na legislação. Assim sendo, é preciso entender quais são estas informações.

O RICMS/BA, em seu artigo 254, elenca quais serão as declarações econômico-fiscais:

Art. 254. As declarações econômico-fiscais são as seguintes:

I - Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA);

...

V - o arquivo de registros fiscais – EFD;

Portanto, não somente a DMA, mas também o EFD ICMS, se encaixam perfeitamente no previsto no Art. 54-A do RPAF/BA anteriormente transcrito, sendo perfeitamente possível ao fisco, identificar dívidas ao seu favor.

Logo, acolho a decadência relativa aos meses de janeiro a novembro de 2016.

Em relação ao mérito, não fora apresentado pela Recorrente, provas que pudessem elucidar que a infração não é devida, isto posto, porque a infração é pela falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar.

É de se observar que os lançamentos fiscais são efetuados nas Escrituração Fiscal Digital, devendo a DMA ser um resumo dos exatos reflexos dos lançamentos efetuados nos livros fiscais, nos termos do Art. 247 do RICMS/BA, no qual diz que a Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Convênio ICMS 143/06).

Já na DMA, nos termos do Art. 255 e parágrafos, devem ser informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior,

especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Por fim, quanto ao questionamento das multas pela Recorrente, questionando o percentual de multa proposto, pleiteando a sua redução de 60%, para 20%, em homenagem aos princípios da proibição de confisco, proporcionalidade e razoabilidade, vale ressaltar que conforme disposto no art. 167, I do RPAF-BA, não se encontra na competência deste Conselho declarar inconstitucionalidade de dispositivos legais *stricto sensu* em vigor no Estado da Bahia, visto que a penalidade aplicada está prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo ser mantida as cobranças relativas ao mês de dezembro de 2016.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha para discordar do voto da i. Relatora no que se refere ao acolhimento da arguição de decadência parcial dos créditos tributários, ora exigidos, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

A infração exige o ICMS que o contribuinte deixou de recolher referente a operações registradas na Escrituração Fiscal Digital – EFD nos períodos de janeiro a dezembro de 2016, que conforme relatou o autuante, nada foi recolhido a título de ICMS normal no exercício, inclusive demonstrado que em todas as Declarações de Apuração Mensal do ICMS – DMAs, transmitidas à SEFAZ, foi indicado a existência de saldo credor do ICMS, em total discordância com os valores registrados na EFD.

Previamente lembro que o Código Tributário Nacional no seu art. 150, § 4º manda que a contagem do prazo decadencial seja a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois assim está disposto:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

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

O art. 173, inc. I do citado CTN considera a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o contribuinte omite a realização da operação tributável, ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

É o que se extrai da leitura do citado dispositivo conforme a seguir transcrito:

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;

Ressalto que o ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido.

De fato, na forma posta pelo sujeito passivo, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de cinco anos, sendo que o Termo Inicial desse prazo pode ser a data de ocorrência do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN, ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante disposição do art. 173, inc. I do citado CTN.

Esse entendimento foi externado pela Procuradoria Fiscal da PGE, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, já pacificado no âmbito deste CONSEF, que assim prescreve: *“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 corresponderia às operações declaradas.”*. Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial ocorreria do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização que: *“conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 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 valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”*.

Considerando a Súmula nº 12 do CONSEF que determina: *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”* e que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 06/12/2022, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos para decadência.

Uma peculiaridade no caso em exame merece destaque. Refiro-me ao fato do contribuinte ter objetivamente e reiteradamente promovido declarações inexatas de sua movimentação mercantil, declaradas ao Fisco através das DMAs ignorando por completo o que dispõe o RICMS/2012 no seu art. 255, § 1º, inc. I, *verbis*.

Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta corrente fiscal.

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS; (Grifos acrescidos)

Tal prática denota claramente que a declaração na DMA indicando a existência de saldo credor do ICMS não foi um descuido ou um equívoco ocasional do contribuinte, tendo em vista que o fato se repetiu em todos os meses de 2016, caracterizando uma prática reiterada e intencional do sujeito passivo com o único objetivo de omitir do Fisco a existência de saldo devedor do ICMS a ser recolhido, induzindo a Fiscalização a considerar que nada deveria exigir do contribuinte naquele período e deixar de adotar as providências para constituição do crédito tributário.

Assim, resta caracterizada uma ação deliberada do sujeito passivo em simular uma situação fiscal que não correspondia a verdade dos fatos, fazendo incidir, para fins de contagem do prazo

decadencial a regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, que na esteira do entendimento da PGE externado no citado Incidente de Uniformização, se aplica perfeitamente, cujo trecho, merece destacar: *“conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 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 valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”*.

Destarte, se considerarmos que a EFD se constitui uma declaração de débito, portanto, caberia a aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN, posto que o contribuinte a apresentou indicando o imposto a recolher, não pode se ignorar o fato do contribuinte ter deliberadamente adotado uma prática que visou simular a existência de saldo credor do ICMS nos meses fiscalizados, induzindo o Fisco a considerar inexistentes créditos tributários a serem constituídos, uma vez que a DMA, na dicção do art. 255 do RICMS/2012, transcrito linhas acima, ainda encontra-se vigente e se constitui uma das espécies de declarações econômico-fiscais.

Portanto, não se pode aplicar a regra do art. 150, § 4º do CTN ao caso em análise, pois a se assim procedêsemos estaríamos a contrariar frontalmente o CTN, o entendimento da Procuradoria Geral do Estado e a própria jurisprudência deste CONSEF e mesmo se afastando a prática de ato simulatório, se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN, com base na constatação de que a Recorrente declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido, mas não efetuou o respectivo pagamento, como restou fartamente demonstrado nos autos.

O entendimento acima exposto, se conforma como a Súmula nº 555/STJ, cujo enunciado: *“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”*, se pautou na premissa de o débito ter sido declarado ou não pelo contribuinte para fins de aplicação do art. 173 do CTN, nas hipóteses de tributo sujeito ao lançamento por homologação, quando o débito não for declarado pelo sujeito passivo, portanto, não for pago, aplica-se a regra para contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inc. I do CTN.

No caso, o Superior Tribunal de Justiça utilizou como critério para aplicar o art. 173, inc. I do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo e quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do citado CTN.

Os acórdãos que serviram de paradigma e fundamento da Súmula 555/STJ convergem para se concluir que a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inc. I, do CTN é aplicável para as situações em que não há qualquer pagamento com relação aquele tributo no período de apuração, na hipótese de débito não declarado. Cabendo aplicar a regra do art. 150, § 4º quando constatada que houve declaração e pagamento do imposto, para a diferença apurada.

De todo o exposto, aplicando a regra do art. 173, inc. I do CTN ao presente caso, a Fazenda Pública poderia constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2016, até 31/12/2022.

Destarte, não acato a preliminar de decadência, e não acolho o Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em

decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0025/21-8**, lavrado contra **TECMÉDICA HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para pagar o imposto no valor de **R\$ 311.628,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: José Adelson Mattos Ramos, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Evalda de Brito Gonçalves, Valdirene Pinto Lima e Anderson Ítalo Pereira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA/VOTO VENCIDO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - VOTO VENCEDOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS