

**A. I. Nº** - 115969.0010/15-1  
**AUTUADO** - MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05.04.2016

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF Nº 0037-02/16**

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. a) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Operações registradas nos livros fiscais. b) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Valores identificados no Resumo da Conta Corrente Fiscal constante nos autos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Responsabilidade do adquirente em relação à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando da entrada no estabelecimento. Fatos não contestados. Rejeitada a arguição de decadência de parte do lançamento tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/2015, refere-se à exigência de ICMS, no valor de R\$118.167,54, em decorrência das seguintes infrações:

**01 - 02.01.01** - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$76.200,85, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março, abril e setembro de 2010, e outubro de 2011, conforme demonstrativos às fls.09 a 10.

**02 - 03.01.01** - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$18.516,70, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio a agosto de 2010, conforme demonstrativo à fl.11.

**03 - 07.01.01** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$23.449,99, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de fevereiro, março, maio a agosto, outubro a dezembro de 2010, e dezembro de 2011, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.64 a 93.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído nos autos, em sua defesa, às fls. 97 a 102 dos autos, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração com base nas seguintes defensivas.

Inicia fazendo um breve resumo da autuação, no sentido de que através do Auto de Infração foi efetuado o lançamento de ofício 03 infrações, sendo que a grande maioria dos lançamentos encontra-se alcançada pelo instituto da decadência.

Por conta disso, em preliminar, o Impugnante entende pela ocorrência da decadência nas infrações 01, 02 e 03, no que tange aos lançamentos anteriores à 30/09/2010, tendo em vista que a intimação dando ciência da autuação se deu em 30/09/2015, conforme passa a demonstrar a seguir.

Aduz que a Lei nº 13.199 de 28/11/2014, decretada e sancionada pelo então Governador Jaques Wagner, previu algumas modificações na ordem tributária do Estado da Bahia, notadamente no que tange às leis 3.956/81, 6.348/91, 7.014/96, 12.617/2012 e 12.620/2012.

Transcreve o art. 8º da supracitada lei, que determinou a revogação do art. 107-A do Código Tributário da Bahia, e trouxe um importante reconhecimento de matéria até então duvidosa.

*“Art. 8º Ficam revogados o art. 107-A, o § 5º do art. 107-B e o parágrafo único do art. 135, todos da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981.”*

Diz que essa revogação extinguiu grande celeuma existente dentro do sistema tributário estadual, isto porque o art. 107-A estabelecia um prazo quinquenal genérico para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, destoando das regras gerais fixadas pelo Código Tributário Nacional.

*“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”*

Observa que o Código Tributário da Bahia, ao regular os prazos decadenciais, apenas incorporou o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, olvidando-se da regra consubstanciada no art. 150, § 4º.

Destaca que o CTN regula o instituto da decadência de maneira específica a depender do lançamento ao qual a exação se sujeita. Entende que caberia ao COTEB fazer o mesmo, seguindo as normas gerais do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, assevera que para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é caso em tela, aplica-se o disposto no artigo 150, § 4º do CTN.

*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.”*

Assim, frisa que se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, diz que não havendo a antecipação do pagamento, o prazo inicial da decadência é contado a partir do primeiro dia do ano seguinte em que o lançamento deveria ter sido efetuado, conforme o art. 173, inciso I do CTN.

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

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

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

*Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”*

Registra que seguindo este entendimento, a ilustre Ministra Eliana Calmon postulou, em julgamento no STJ:

*“Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, §4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. (...) – (STJ, 2ª T., AgRg no Ag. 939.714/RS)*

Portanto, ressalta não restar dúvidas a possibilidade de se contar o prazo decadencial de tributo sujeito à homologação, como é o ICMS, a partir da ocorrência do fato gerador.

Comenta que o Código Tributário da Bahia não previa tal contagem, o que suscitava grandes discussões no cenário da advocacia baiana, cujo referido o impasse foi solucionado com a Lei nº 13.199/14 que, ao revogar o art. 107-A do COTEB, concretizou uma adequação material da legislação baiana ao ordenamento tributário pátrio.

Diz que hodiernamente, se utilizam as regras gerais do CTN para referida contagem dos prazos decadenciais, e que no caso, tendo o Impugnante sido intimado em 30/09/2015 para pagar diferenças de ICMS, entende que os lançamentos anteriores a 30/09/2010 já se encontram decaídos.

Além disso, aduz que, seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que houve o recolhimento a menor do ICMS, conforme se faz prova a cópia do livro de apuração do período fiscalizado (fls.106 a 124), ponderando que não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos.

Por esta razão espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos períodos anteriores à 30/09/2015 (infrações 01, 02 e 03), uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Informou que estará realizando o pagamento dos débitos não alcançados pelo instituto da decadência, a fim de aproveitar os benefícios da Lei nº 13.449/2015.

Ao final, requer seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração ora Impugnado, para reconhecer a decadência parcial das infrações 01, 02 e 03, devido ao fato de terem se passado mais de 05 anos entre a data do seu suposto fato gerador (30/03/2010 a 30/09/2010) e a data da efetiva ciência do Impugnante (30/09/2015).

A autuante, à fl. 130, em sua informação fiscal diz que a alegação da defesa não procede, por não encontrar amparo no parágrafo 5º do artigo 107-B do Código Tributário Estadual, combinado com o art.173, inciso I do Código Tributário Nacional, em cujos dispositivos está fixado como deve ser a contagem do prazo para a decadência.

Diante do acima exposto, dizendo que como não foi anexado qualquer demonstrativo pela impugnante que ensejasse alteração no valor da autuação, pugna sentido da procedência total do Auto de Infração.

Constam às fls. 133 a 139, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pedido de parcelamento do débito reconhecido.

## VOTO

Analisando a arguição do sujeito passivo de decadência nas infrações 01, 02 e 03, no que tange aos lançamentos anteriores à 30/09/2010, ou seja, os seguintes fatos geradores: infração 01 – 30/03/2010, 30/04/2010; infração 02 - 30/05/2010 a 30/08/2010; e infração 03 – 28/02/2010, 30/03/2010, 30/06/2010 a 30/08/2010, observo o que segue.

Nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, o lançamento por homologação, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte, expressamente o homologa.

Sobre a decadência, no toca aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco. Quando não há pagamento antecipado, a doutrina e a jurisprudência entendem pela aplicabilidade do artigo 173, inciso I ou parágrafo único, do CTN.

Portanto, tem a Fazenda Pública o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173 do CTN acima transcrito.

Neste processo, o período objeto da autuação compreendeu vários meses dos exercícios de 2010 e 2011. Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a dezembro de 2010, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2011, findando-se em 31 de dezembro de 2015.

No mérito, em momento algum da peça defensiva o sujeito passivo impugnou as infrações que lhe foram imputadas, limitando-se apenas na arguição de decadência dos fatos geradores anteriores a 30/09/2010, os quais, pela análise acima restou confirmado não assistir razão ao patrono do autuado.

Ultrapassada a preliminar de decadência, no mérito constato que o sujeito passivo em momento algum de sua impugnação negou o cometimento das infrações, razão porque, as considero subsistentes.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0010/15-1**, lavrado contra **MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.167,54**, acrescido das multas de 50% sobre R\$42.818,43, e de 60% sobre R\$75.349,11, previstas no art. 42, I, “a”, II, “b” “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos conforme documentos do SIDAT às fls.133 a 139.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAUJO – JULGADORA