

**A. I. N°** - 269200.0030/17-2  
**AUTUADO** - FERRAGENS NEGRÃO COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/08/2018

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0126-01/18

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado o recolhimento de parte dos valores exigidos. Apesar de indicada “*operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada*” na descrição da infração, trata-se, na verdade, de *ICMS recolhido a menos*, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. O autuado declarou em sua escrituração fiscal todas as operações relacionadas nos autos e efetuou o pagamento do montante que entendeu devido, porém em valor inferior àquele apurado pelo autuante. Deve incidir, no caso, a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, Cientificado o autuado a lavratura do Auto de Infração, em 26/12/12, há de se decretar a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2012. Ao valor remanescente exigido em dezembro/12 impõe-se aplicar a redução do Decreto n° 7.799/00/BA. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2017, exige crédito tributário de ICMS no valor de R\$124.040,99, em razão da apuração da irregularidade assim descritas: Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada. Período: janeiro/dezembro 2012. Multa de 60%.

Em peça defensiva apresentada, às fls. 14/27, de início, descreve os fatos da autuação dizendo que comercializa em atacado ferragens e ferramentas, conforme documentos societários acostados (anexo II), sendo que vende com preponderância para pessoas jurídicas inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia.

Reproduz o fundamento legal que legitimou a exigência: Art. 1º, combinado com o art. 219, V do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/1997; artigos 217 e 332, inciso I e alínea “a”, § 6º e inciso II do RICMS, aprovado pelo Decreto n° 13.780/2012.

Reproduz o demonstrativo da autuação, os valores atualizados, aduz que a fiscalização lavrou o Auto de Infração utilizando os registros das operações de saída, em 2012, o que não merece prosperar, seja porque o débito está parcialmente decaído, e pelo Decreto n° 7.799/00/BA a eventualidade de não ter sido reconhecida a decadência e uma equivocada interpretação da legislação tributária relacionada à substituição tributária do ICMS.

Explica que realizou o recolhimento por antecipação do ICMS, como substituta, em conformidade com os artigos 353 do Decreto n° 6.284/1997 (01/01/2012 a 31/03/2012) e 289 do Decreto n° 13.780/2012 (01/04/2012 a 31/12/2012).

Explica que o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação, pois o sujeito passivo está obrigado a antecipar o pagamento do valor devido para, posteriormente, no prazo de cinco anos, a autoridade fiscalizadora, homologar – ou não – o referido pagamento. Diz que realizou tempestivamente o pagamento do imposto de acordo com o que entendia devido (*vide* anexo III).

Ressalta que lavrado o Auto de Infração em 22.12.2017, o suposto débito de jan/2012 - nov/2012, sendo alcançado pela decadência, deve ser definitivamente extinto. Faz uma tabela de fato gerador e a decadência.

Salienta que o crédito tributário deve ser definitivamente constituído pelo ato jurídico do lançamento, no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo. Reproduz o art. 150, § 4º do CTN. Cita entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ - AgRg no AREsp 132.784/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 01/04/2016; AgInt nos EDcl no REsp 1587532/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017) sobre recolhimento parcial do tributo, de modo que se aplica à espécie o prazo decadencial.

Diz ainda que mesmo afastada a incidência do art. 173, I, do CTN, realizou o pagamento do imposto que entendia ser devido; o Fisco já tinha conhecimento do fato gerador e já poderia ter analisado se o tal pagamento estava ou não correto (homologar ou não o pagamento).

Insiste que estão decaídos os supostos créditos do período de jan/2012 a nov/2012.

Em relação ao período não abrangido pela decadência, dez/2012, sejam consideradas as razões de mérito. Primeiro, que está correto o recolhimento efetuado em relação aos produtos com as seguintes NCM's que lista no anexo IV. Em seguida, em relação aos produtos remanescentes, relaciona NCM's no anexo V, com mercadorias que deveriam terem sido *tributadas normalmente* (e não mediante substituição tributária), requer a compensação com o valor já recolhido; pede seja aplicada a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00/BA. Junta tabela demonstrativa, fl. 20;

Acrescenta que os NCM's nºs 39173290 e 39269090 constam em ambos os casos, pois ora devem ser tributados normalmente e ora ensejam a substituição tributária, em razão de peculiaridades detalhadas nas planilhas anexas (já mencionados anexos IV e V).

Sustenta que os supostos créditos de jan-nov/2012, não podem ser exigidos, pois foram atingidos pelo instituto da decadência, a impugnante – alternativamente – registra que, se não reconhecida a decadência, é mister reconhecer-se a prescrição referente ao mesmo período.

Explica que além de ter feito o pagamento do ICMS na forma de “*substituição tributária*”, a mesma cumpria suas obrigações mensais acessórias, isto é, entregava mensalmente a EFD e a DMA (*vide* anexo VI).

Alega que a entrega destes documentos evidencia que a impugnante prestou declarações mensais ao Fisco Estadual acerca de suas operações, as quais representaram fatos geradores do ICMS.

Transcreve jurisprudência acerca da matéria.

Esclarece que, se não decaído os meses de janeiro a novembro de 2012, estão certamente extintos pela prescrição, pois definitivamente constituídos pelas declarações do próprio contribuinte e não analisados pelo Fisco dentro do prazo de cinco anos, contados do fato gerador.

Lembra que deve ser reconhecida a decadência (ou a prescrição) do período mencionado. Diz ainda que parte do débito lançado não tem fundamento legal, pois houve recolhimento mediante substituição tributária e este recolhimento foi correto; *segundo*, parte do débito lançado efetivamente deveria ter sido tributado normalmente – e não o foi –, mas, para fins de apuração do valor devido, é preciso compensar o que foi (indevidamente) recolhido mediante substituição tributária; e *terceiro*, eventual saldo remanescente de valor a pagar precisa considerar a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00/BA.

No mérito, alega a improcedência do lançamento, pois as operações autuadas estão pautadas na aplicação da legislação tributária para a antecipação (ou não) da substituição tributária aplicável nas aquisições das mercadorias revendidas no mercado interno da Bahia.

Salienta que a maior parte das mercadorias relacionadas no Anexo 01 do auto de infração está realmente sujeita à substituição tributária por antecipação, o que enseja o encerramento da cadeia

tributária, e vai de encontro ao que consta no auto de infração.

Destaca que o RICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 6.284/97, art. 353 e Decreto nº 13.780/12, art. 289) estabelece quais são as operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, bem como quem serão os sujeitos passivos por substituição. Acrescenta que o próprio RICMS/BA, a SEFAZ do Estado da Bahia emitiu pareceres (anexo VII) que corroboram com o entendimento, ora apresentado.

Explica que algumas mercadorias devem ter tributação com base na substituição tributária do ICMS, da forma como agiu, no período fiscalizado. Acosta Pareceres em favor da sua tese.

Diz que no anexo VIII é possível visualizar detalhadamente qual é o item do anexo do RICMS/BA que deve ser tributado pelo ICMS-ST. Pede que seja julgado improcedente o auto de infração em relação ao imposto sobre as operações e mercadorias que já foram devidamente tributadas pelo ICMS substituição tributária.

Alega ainda que algumas das mercadorias que compõem o cálculo do auto de infração, deveriam ter sido submetidas à tributação normal do ICMS, e não ao regime da substituição tributária. Relaciona no Anexo IX quais são tais mercadorias. Destaca que realizou o recolhimento do ICMS que entendia ser devido em relação às operações e mercadorias, mediante substituição tributária e que tais pagamentos é causa de extinção do crédito tributário (art. 156, I, CTN).

Diz que tal recolhimento precisa ser considerado para ser compensado, sob pena de incorrer o Fisco Estadual em *bis in idem* e enriquecimento ilícito. Portanto, sustenta que o que foi pago a título de ICMS-ST, pois equivocadamente, entendia que deveria recolher, precisa ser abatido/compensado com o débito lançado no auto de infração ora impugnado. Junta jurisprudência para este entendimento (TJRJ - Processo No: 0014290-52.1999.8.19.0001 – Relator Des. Gabriel De Oliveira Zefiro – Data da Sessão: 30/11/2011. Grifo nosso).

Frisa que o débito remanescente deve ser objeto de recálculo, com a devida aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, do Estado da Bahia.

Defende também, que caso a autoridade julgadora entenda que existe saldo a pagar por parte da impugnante, requer seja considerada a redução de 41,176% sobre a base de cálculo do ICMS. Afirma que possui como atividade principal “o comércio atacadista de ferragens e ferramentas” (CNAE 4672-9/00). Reproduz o Decreto nº 7.799/00/BA – Art. 1º. Destaca que o CNAE da impugnante consta no item 14-A do Anexo Único do referido Decreto.

Solicita que seja considerado, para o cálculo de eventual saldo a pagar, a redução sobre a base de cálculo, conforme previsto na legislação.

Por fim, pede e requer que seja julgada procedente a presente impugnação.

Reitera os pedidos formulados acima.

Na Informação fiscal às fls. 193/209, o autuante resume a peça defensiva e passa a contrapor informado que o autuado pede o reconhecimento parcial da decadência dos valores referentes ao período de 01/01/2012 a 30/11/2012, nos termos do § 4º, do artigo 150 do CTN.

Esclarece que a defesa visa apenas confundir os julgadores, uma vez que os valores constantes do Auto de Infração em tela, foram apurados por meio de lançamento de ofício, aquela que ocorre sem qualquer colaboração do sujeito passivo tributário. Os valores constantes do Auto de Infração não foram apurados pelo contribuinte; mas, em ação direta do Autuante.

Salienta que no lançamento de ofício a regra geral para início do prazo decadencial de 5 anos ocorra no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, nos termos do artigo 173, I do Código Tributário Nacional - CTN, aprovado pela Lei nº 5172/1966.

Então, no caso concreto, 01/01/2013 será o marco inicial do primeiro ano para contagem do prazo decadencial, o qual se esgotará em 11/04/2017, valendo aludir, que no PAF sob análise, a ciência foi dada ao contribuinte na data de 09/12/2015, portanto, bem antes do prazo de ocorrência da

decadência, prevista no artigo 173, inciso I, do CTN.

Discorre sobre o lançamento de ofício e os marcos para a contagem da decadência;

Assinala que o contribuinte escriturou os documentos fiscais e apurou um valor do imposto e o recolheu. Em relação a este valor, não há qualquer contestação e está sendo homologado. Diz que a sua escrituração fiscal, todavia, se encontra eivada de erros, dos mais diversos, tais como: utilização indevida de benefício fiscal; erro na determinação da base de cálculo do imposto; falta de retenção do ICMS na condição de contribuinte substituto, nas saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular e falta de estorno de crédito apropriado em valor superior ao permitido.

Faz novos registros sobre os tributos lançados de ofício, definindo que não falar em decadência para os fatos geradores em 2012, considerando que o autuado tomou ciência do respectivo Auto de Infração, em 26.12.2017. Dessa mesma forma, no tocante à alegação de prescrição, que se opera para créditos fiscais efetivamente lançados, não tem razão o autuado. O lançamento em questão se refere justamente à falta de tributação em operações tributadas, ou seja, aponta omissão de lançamento do ICMS. Logo, os créditos fiscais autuados, uma vez omitidos das informações fiscais prestadas pelo Contribuinte, não estão sujeitos ao prazo prescricional.

No mérito, analisando-se os documentos apresentados, argui que é possível atestar que realmente algumas mercadorias constantes do rol da autuação foram tidas como sujeitas ao regime da substituição tributária pela DITRI, e merecem ser expurgadas do lançamento. Porém, não se pode concordar com esta posição em relação as mercadorias listadas abaixo:

- 1) PASTA LUBRIFICANTE 1000GR BISNAGA – TIGRE, NCM 34012090, pois item 25.4 do ANEXO 01, do RICMS/BA (2012) se refere a sabões ou detergentes, e não pasta lubrificante;
- 2) MANGUEIRAS (TODAS), NCM 39173290, já que o item 24,4 refere-se a tubos e acessórios, como por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões, conforme consta no próprio Parecer citado pela defesa. Não abrange mangueiras;
- 3) MÁSCARAS E PROTETORES AUDITIVOS (TODOS), NCM 39269090 pois tratam-se de EPIs, não específico para construção, de acordo com o teor do citado parecer 01549/2013;
- 4) VELA FILTRO DE AGUA UNIVERSAL - CERAMICA IBAC, NCM 69120000, pois não se trata de produto de higiene/toucador, relativamente ao item 24.38 do ANEXO 1, RICMS/BA referido pela defesa;
- 5) VARAL PAREDE ALUM 10 HASTES 50CM – ZATTI, NCM 76169900, já que não se trata de material próprio para construção civil, como exige o item 24.75 do ANEXO 1, RICMS/BA.

Em relação aos demais itens do demonstrativos ANEXO VIII, acostado pela defesa, salienta que aceitou os argumentos apresentados para excluí-los do demonstrativo de débito, abatendo-se os valores lançados referentes às operações listadas envolvendo estes produtos. Elaborou novo demonstrativo, atualizando-se os valores devidos, reduzindo a exigência de R\$124.040,99 para R\$70.107,09, conforme demonstrativo de fl. 207.

Com relação às alegadas operações com mercadorias do regime normal de tributação, que, indevidamente, teria efetuado o recolhimento do ICMS-ST, diz que não há na peça defensiva qualquer demonstrativo que exponha peremptoriamente se e quanto teria sido pago. A defesa apenas aponta quais seriam estas mercadorias, mas não comprova os recolhimentos efetuados a título de ICMS-ST para cada uma delas, muito menos o valor que pretende seja reconhecido para efeito de abatimento dos valores lançados. Conclui que se não mesmo o autuado demonstra conhecer o *quantum* a que faria jus, muito menos teria condições de o fazer.

Por fim, com relação à pretendida aplicação do disposto no art. 1º do Decreto nº 7.799/00/BA, declara que não há a menor possibilidade ser reconhecida, pois o benefício fiscal em questão, como qualquer outro oferecido pelo ente estatal, tem cabimento em hipótese excepcional, restrita às operações que indica, e não podem ser extrapoladas. Evidentemente, a concessão de benefício fiscal atinge apenas e tão somente as operações regularmente identificadas pelo beneficiário,

nunca aqueles omitidos pela mesma, e só descobertos por ação do Fisco. Portanto, não merece prosperar tal argumento da defesa.

Solicita pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado volta a se manifestar (fls. 218/236), agora sobre a Informação Fiscal.

Reitera os termos da autuação, as razões apresentadas, e as conclusões aduzidas na Informação Fiscal,

Reproduz os mesmos argumentos da peça inicial, insistindo que se fez recolhimento de ICMS ainda que equivocadamente em relação a alguns produtos (como admitido pela própria autoridade fiscal) pela sistemática da substituição tributária, este foi recebido pelo Fisco. Diz que não há como negar que o crédito referente ao período janeiro-novembro/12 foi recolhido (ainda que a menor), nascendo mês a mês o direito de o Fisco constituir o crédito no valor que entendia devido. Entende que é inquestionável a aplicação do art. 150, §4º do CTN.

Em relação ao mês remanescente, pede que sejam consideradas as razões expostas anteriormente uma vez que o Autuante reconheceu na Informação Fiscal o pagamento efetuado em relação aos produtos com as NCMs descritas na fl.225.

Em relação aos produtos remanescentes, NCMs relacionadas na fl. 225, que foram tributados normalmente e não mediante substituição tributária, requer a compensação do valor recolhido e aplicada a redução do Decreto nº 7.799/00.

Insiste na decadência para o período de janeiro/novembro de 2012.

Volta a argumentar que recolheu parte do valor exigido por substituição tributária, o que foi reconhecido na informação fiscal; que é preciso compensar com o valor exigido; pede a redução do Decreto nº 7.799/00.

Diz que a maior parte das mercadorias relacionadas no anexo 1 do Auto de Infração está sujeita a substituição tributária, que enseja o encerramento da cadeia tributária.

Sobre a informação fiscal diz que o autuado não apresentou a compensação pretendida, por isso, trás, nessa oportunidade, os anexos I, II e III, com as informações necessárias sobre o objeto de compensação e a prova de recolhimento pela sistemática da substituição.

Diz que havendo saldo a pagar, deve ser considerada a redução na base de cálculo de 41,176%, prevista no Decreto nº 7.799/00, em atenção à interpretação literal (art.111, CTN) e interpretação mais favorável ao acusado (art.112, CTN).

Reitera os pedidos já manejados na sua manifestação; pela juntada de outros documentos; pela conversão do PAF em diligência para outras verificações.

## **VOTO**

O Auto de Infração foi lavrado para exigir crédito tributário em decorrência da infração descrita e narrada na inicial dos autos, acusando a fiscalização da existência de operações e mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas.

A exigência totalizou R\$124.040,99 e abrangeu período janeiro/dezembro 2012. Os demonstrativos foram entregues em meio eletrônico, cujos arquivos constam do recibo, fl. 08.

Fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF BA, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para a apreciação da matéria em litígio.

O direito também não assiste ao autuado quanto à ocorrência do instituto da Prescrição sob a justificativa da entrega regular e efetiva da EFD e a DMA.

Cabível ressaltar, antes, que apesar o art. 156, V, do Código Tributário Nacional - CTN dizer que a prescrição extingue o crédito tributário, na verdade, não ocorre a extinção do crédito tributário, mas do direito de ajuizar a execução fiscal, de cobrar o crédito tributário. A prescrição atinge,

pois, a pretensão.

Ocorre, pois, a prescrição, quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito tributário, no prazo de cinco anos, contados de sua constituição definitiva, isto é, apenas após lançado o tributo (CTN, art. 174). Sabe-se que é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça-STJ de que, quanto aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a declaração do contribuinte, em cumprimento às suas obrigações acessórias, importa no reconhecimento da dívida, sendo suficiente para a constituição do crédito tributário, e marco do prazo quinquenal de prescrição para o Fisco proceder à cobrança respectiva, mediante inscrição em dívida e ajuizamento da execução fiscal. Firmada a mesma jurisprudência do STJ que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração aceita pelo Fisco. Com a declaração não há necessidade de constituição formal do débito pelo Fisco; aceita a declaração pelo Fisco, já há a constituição do crédito tributário, sendo instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

Nesse momento de Fisco eletrônico, as informações sobre a movimentação econômica, contábil e fiscal do contribuinte circula quase que em tempo real, nos bancos de dados da administração tributária de cada ente tributante. Essa revolução eletrônica, por certo, pressionará as mudanças nos institutos que marcam o tempo do direito, nas relações tributárias. Hoje, estabelecidos no CTN, legislação com status de Lei Complementar, por comando, inclusive, constitucional, demandará discussões mais alongadas.

A alegação do autuado para a ocorrência da prescrição foi a entrega tempestiva ao Fisco das suas declarações eletrônicas através da DMA e da EFD.

A DMA - Declaração e apuração mensal do ICMS deve ser entregue mensalmente, até o dia 20, relativa às operações do mês anterior, por contribuinte inscrito no cadastro estadual que apure o imposto pelo regime normal (conta corrente fiscal), nos termos do art. 255, do RICMS BA (Decreto nº 13.780/12).

A Escrituração Fiscal Digital - EFD é um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, constitui-se em mais um avanço na informatização da relação entre o fisco e os contribuintes. Está prevista no Convênio ICMS 143 de 15.12.06 e Ajuste SINIEF Nº 02/2009. Trata-se de um arquivo digital, com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de impostos do contribuinte. A partir do início da obrigatoriedade da EFD, o contribuinte não poderá usar os livros fiscais e documentos em papel convencionais (artigos 247 a 253, RICMS BA).

No entanto, e apesar de o art. 54-A do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99) prescrever que o débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importe em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário, podendo ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, assim não tem agido o Fisco da Bahia, optando pela verificação e mesmo a liquidação do valor do débito admitido pelo sujeito passivo.

Dessa forma, a fim de dirimir quaisquer controvérsias acerca da fidedignidade das informações enviadas eletronicamente, a Administração Tributária tem optado por tornar líquido o tributo declarado mediante o lançamento de ofício, seguindo a marcha processual, até a constituição definitiva do crédito tributário. Portanto, não há falar na ocorrência da Prescrição Tributária.

Quanto à decadência do direito de lançar os créditos relativos a fatos geradores ocorridos anteriores ao mês de dezembro de 2012, cujos valores foram lançado neste auto de infração, no entanto, tem razão o autuado. O período encontra-se trágado pelo decurso do prazo decadencial.

Sobre o assunto, vale ressaltar que houve recente e radical mudança no posicionamento da PGE/PROFIS relativamente à decadência, o que foi acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do § 5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

A referida Súmula Vinculante nº 8 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no Diário Oficial da União de 20/06/08 – declarou a inconstitucionalidade de legislação federal que dispunha sobre a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento, baseado em diversos precedentes judiciais, de que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária e, portanto, deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional. Eis o texto da referida Súmula: *“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”*.

Merece destaque o que disse a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, em parecer exarado nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269200.0333/12-4, e chancelado pelo Procurador Chefe daquele órgão: *“em data recente, nos autos do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, esta Procuradoria Fiscal reviu seu entendimento acerca do tema, para estabelecer que deve ser contado 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”*.

Pelo que consta neste processo administrativo fiscal, observo que, apesar de ter sido indicada a *“operação com mercadorias tributadas caracterizada como não tributada”* na descrição da infração, trata-se, na verdade, de *ICMS recolhido a menos*, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Isso porque o estabelecimento autuado, identificado na atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, cuja maior parte das suas vendas foram feitas para outros contribuintes, pessoa jurídica, conforme se extrai do demonstrativo de débito, que instrui a exigência. Uma parcela significativa dos valores exigidos nesse Auto de Infração restou comprovado o pagamento, seja pela exclusão de várias operações pelo próprio autuante, que permitiu a redução da autuação de R\$124.040,99 para R\$70.107,09 (fls.257/310).

O autuado declarou em sua escrituração fiscal todas as operações relacionadas nos autos e efetuou o pagamento do montante que entendeu devido, porém em valor inferior àquele apurado pelo autuante, tendo considerado operações tributadas como não tributadas.

Portanto, deve incidir, no caso, a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, que prevê que *“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”*.

Ademais, como o contribuinte foi cientificado da lavratura deste auto de infração no dia em 26/12/12, como prova o documento de fl. 2, há de se decretar a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2012, haja vista que a hipótese se subsume perfeitamente nesse novo entendimento.

Dessa forma, quanto à decadência do direito de lançar os créditos ao período janeiro/novembro de 2012, entendo assistir razão ao sujeito passivo, pois a revogação do art. 107-A do COTEB deu ensejo à edição, por parte da PGE/PROFIS, do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, cujo enunciado autoriza a aplicação da regra prevista no art. 173, I do CTN, conforme inisitiu o Auditor Fiscal, somente nas três hipóteses abaixo.

*“Incidente de Uniformização nº PGE 2016.1947 1 0-0*

...

*Nota I: 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, inc. 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** (grifos acrescidos)."*

Assim, sobre os fatos geradores de janeiro a novembro de 2012, deve ser aplicada a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata de operações em relação às quais ocorreu pagamento em parte do imposto, não se enquadrando na regra prevista na alínea "a", acima reproduzida, o que atrairia a incidência do art. 173, inciso I do CTN.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito para instruir a exigência, discriminando as operações de saída (por itens de mercadorias) que o autuado classificou no código CFOP 5405, representado as *vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído*. Entendeu o preposto do Fisco que as mercadoras deveriam ser registradas no regime normal de tributação, exigindo as respectivas saídas sem tributação.

Na Informação Fiscal, reconheceu que parcela das mercadorias está listada no Anexo 1 ao RICMS BA, conforme estabelece o art. 289 do citado regulamento, que descreve as mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária interna, cuja responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS é de responsabilidade do adquirente, na condição de sujeito passivo por substituição.

Dessa forma, a exigência foi reduzida de R\$124.040,99 para R\$70.107,09 (fls.257/310).

Alem da decadência invocada, o autuado declara que realizou o recolhimento por antecipação do ICMS, como substituto tributário; as planilhas e documentos apresentados pelo autuado atestam o recolhimento tempestivo de várias operações descritas no relatório fiscal remanescente.

Diante de tais pressupostos, trágado o período de janeiro/novembro de 2012, pela decadência tributária, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, do valor remanescente em dezembro de 2012, R\$2.381,25 (fl. 207 e CD, fl. 211), deve ser consignado a redução da base de cálculo em 41,176% prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, para as operações de saídas internas de estabelecimento autuado, passando o valor da exigência para R\$1.400,73.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0030/17-2**, lavrado contra **FERRAGENS NEGRÃO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.400,73**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS– PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR