

PROCESSO - A. I. Nº 018184.3038/16-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão JF nº 0155-02/17
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/04/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN). Mantida a Decisão recorrida; **b)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN), em relação aos meses de janeiro a novembro de 2011. Quanto ao mês de dezembro, em razão de se atribuir às mercadorias tributação pelo regime normal, seria cabível apenas a multa prevista no art. 42, II, “d”, c/c o §1º, da Lei 7.014/96, contudo, com direito ao crédito fiscal para compensar com o débito, em respeito ao princípio da não-cumulatividade. Exigência improcedente nos termos efetivados. Mantida a Decisão recorrida, sob nova fundamentação; **c)** DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO OU FALSO. Aplica-se o art. 173, I, do CTN. Por tratar de uma fase de transição, na qual os arquivos da EFD, mesmo aos contribuintes obrigados a partir de janeiro/2011, poderiam enviar até o dia 25/04/12, não há como desconsiderar a escrita fiscal convencional, relativa a tal período de transição, na qual o contribuinte declara todas suas operações mercantis, apura e recolhe o imposto, de modo a considerar improcedente a autuação sob o entendimento “... de o contribuinte ter apresentado a Escrituração Fiscal Digital – EFD, em branco, não há como apurar a utilização indevida de crédito fiscal”. Item subsistente. Modificada a Decisão recorrida; **d)** DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Item extinto pela decadência (art. 150, § 4º do CTN). Mantida a Decisão recorrida, sob outra fundamentação; **e)** SAÍDAS ISENTAS. Legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte na escrita fiscal convencional. Caracterizada a exação. Item procedente. Modificada a Decisão recorrida; **f)** SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN), em relação aos meses de janeiro a novembro de 2011. Quanto ao mês de dezembro, considero legítimos os lançamentos na escrita fiscal convencional. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida; **g)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Aplica-se o art. 173, I, do CTN. Legítimos os lançamentos na escrita fiscal convencional. Exação subsistente. Modificada a Decisão recorrida; **h)** SUPERIOR AO DESTACADO NO

DOCUMENTO. Idem do item anterior. Exação subsistente. Modificada a Decisão; **i) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO.** Idem do item anterior. Exação subsistente. Modificada a Decisão; **j) UTILIZAÇÃO A MAIOR DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN). Mantida Decisão recorrida. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. DESENCONTRO ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN), em relação aos meses de janeiro a novembro/2011. Quanto ao mês de dezembro, considero legítimos os lançamentos na escrita fiscal convencional. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO MENOR. Exigência extinta pela decadência (art. 150, § 4º do CTN). Mantida Decisão recorrida. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOR. Decadência (art. 150, §4º, CTN) nos meses anteriores a novembro/2011. Quanto ao mês de dezembro, legítimos os lançamentos. Mantida a Decisão. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. MULTA. Falta de previsão legal, à época. Item insubsistente. Mantida a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão por maioria quanto às infrações 7, 8 e 9.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0155-02/17, por ter desonerado parcialmente ou integralmente o sujeito passivo dos débitos lhe imputado, inerentes às infrações 1 a 11, 14, 16 e 18, abaixo descritas, lançadas através de Auto de Infração, lavrado em 20/12/2016, para exigir o débito no total de R\$308.218,45:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$174,32, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de abril de 2011.

Infração 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$33.435,03, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, em todos os meses de 2011.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$43.762,55, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de março, junho e outubro de 2011.

Infração 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.649,02, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de março de 2011.

Infração 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$302,16, inerente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, em dezembro/2011.

Infração 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.978,37, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução do imposto, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2011.

Infração 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$852,59, referente a imposto não destacado em documento fiscal, nos meses de junho a dezembro de 2011.

Infração 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$3.612,68, em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de janeiro e outubro a dezembro de 2011.

Infração 9 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$29.513,59, sem a apresentação do documento do direito ao crédito, nos meses de fevereiro e março de 2011.

Infração 10 - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$180,72, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação.

Infração 11 - Recolheu a menor ICMS de R\$164.358,43, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de abril a dezembro/2011.

Infração 14 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$988,78, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a março e junho de 2011.

Infração 16 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$812,04, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a março, maio, novembro e dezembro de 2011.

Infração 18 - Multa no valor total de R\$16.560,00 por ter o contribuinte deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, em todos os meses de 2011.

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$5.082,76, após rejeitar preliminares de nulidades arguidas pelo sujeito passivo, por concluir que inexistia violação ao princípio do devido processo legal, sendo observado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à prejudicial de mérito de decadência, a JJF salienta que, como se tratam de várias exações, a apreciação do pedido de decadência será analisada em cada uma, antes da apreciação do mérito, consoante o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, pelo qual o prazo decadencial se conta 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 tributável (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.

Contudo, as hipóteses de dolo, fraude ou simulação são exceções da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte ao art. 173, I, do CTN, cujo prazo decadencial conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A JJF ressalta que, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 20/12/2016, com ciência pelo contribuinte em 23/12/2016, os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2011, serão apreciados quanto à incidência do disposto no art. 150 § 4º, do CTN, em cada infração, posto que, para estes meses o fisco teria até o dia 30/11/2016, como prazo final para lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública. Logo, serão legítimos e não atingidos pelo prazo decadencial, com a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, os lançamentos cujos fatos geradores sejam a partir de 30/12/2011 (inclusive).

Por sua vez, nas situações em que cabe a aplicação do art. 173, I, do CTN, os fatos geradores ocorridos em 2011 não foram alcançados pela decadência, haja vista que o lançamento poderia ter sido efetuado até 31/12/2016 e o Auto de Infração foi cientificado em 23/12/2016.

Em seguida, o órgão julgador passou a tecer suas considerações de mérito, a saber:

*A **infração 01** decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de abril de 2011, no valor de R\$174,32.*

*Esta infração encontra-se fulminada pela decadência, com aplicação do art. 150, § 4º do CTN, pelas razões adrede expostas, com base no Incidente de Uniformização da PGE/PROFIS. **Infração Improcedente.***

*A **infração 02** decorre da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.*

A acusação trata de utilização de créditos manifestamente ilegítimos, hipótese que deverá se subsumir às ocorrências em que haja dolo, fraude ou simulação, e que deve ser aplicado o art. 173, inciso I do CTN, logo, os fatos geradores do período de janeiro a dezembro de 2011 não foram alcançados pela decadência.

Verifico que a infração se encontra lastreada no Demonstrativo de débito (fls. 20 a 44); vias das notas fiscais (fls. 45 a 940); cópias dos Livros Registro de Entrada (fls.1592 a 1727.) e Apuração de ICMS (fls.1728 a 1753).

*Contudo, em decorrência de o contribuinte ter apresentado a Escrituração Fiscal Digital – EFD, em branco, não há como apurar a utilização indevida de crédito fiscal. Desse modo, **improcedente** a autuação.*

*Na **infração 03**, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a documento fiscal falso ou inidôneo, deve ser aplicado o art. 173, do CTN, conforme explanado acima, por se tratar de fraude, dolo ou simulação.*

*Embora a empresa Comercial de Estivas Matos LTDA., inscrição 054.475.186 e CNPJ 03.751.706/0002-64, na qualidade de remetente, informou à Secretaria da Fazenda-Ba, através do processo nº SIPRO 091725/2016-4 (docs. Fls. 952 a 956) que encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010, e, que não houve movimentação nos anos 2011 e 2012, constato que como o sujeito passivo entregou a Escrituração Fiscal Digital, relativa ao período autuado, em branco, não há como assegurar que houve a utilização indevida de crédito fiscal. Infração **improcedente**.*

Infração 04 — *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade, no mês de março de 2011.*

Cabe a aplicação do art. 173, do CTN, sendo que o lançamento fiscal não foi atingido pela decadência.

Consta no PAF o Demonstrativo de débito (doc. Fls. 957); via da nota fiscal (doc. fls. 958); cópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1592 a 1727) e Apuração do ICMS (docs. Fls. 1728 a 1753).

*Contudo, ultrapasso a preliminar de decadência e adentro no mérito da autuação para sustentar que como o contribuinte não entregou a EFD devidamente preenchida, ou seja, entregou-a em branco, não há como assegurar que o crédito fiscal tenha sido utilizado. Infração **improcedente**.*

A infração 05, decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, e está lastreada nos documentos:

Aplico o art. 173, I do CTN e não está alcançada pela decadência.

*Contudo, pelas mesmas razões já expostas nas infrações anteriores, em decorrência da entrega da EFD em branco, não há como comprovar a utilização indevida do crédito fiscal. Infração **improcedente**.*

A infração 06 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.*

Cabe a aplicação do art. 173, I do CTN.

*Contudo, no mérito a infração não procede vez que a EFD foi entregue em branco, e não há como ser comprovada a utilização indevida de crédito fiscal. Infração **improcedente**.*

Infrações 07,08 e 17 - A Autuada, alega que a Autuante informa na autuação que a mesma se aproveitou de crédito fiscal de ICMS supostamente indevido, relativo a imposto não destacado em documentação fiscal, ou mesmo, em valores superiores ao neles destacados.

Afirma que os créditos utilizados pela Autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Afirma, também, que não houve qualquer utilização indevida, como quer crer a Autuante, por parte da Autuada, em qualquer documento fiscal ou contábil da ora impugnante e que igualmente não deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada sem o seu registro na escrita fiscal.

Segundo o autuante, as alegações não procedem.

Inicialmente destaco que deve ser aplicado o art. 173, I do CTN, logo a decadência não se registrou para os períodos autuados.

*Não obstante as razões defensivas, constato que, estando obrigado o sujeito passivo à utilização da escrituração fiscal digital – EFD, e por tê-la entregue em branco, não há como comprovar a acusação fiscal. **Improcedente** a infração.*

Infração 07 – 01.02.39 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is). **Improcedente** a infração, pelas razões expostas nas infrações anteriores, vez que entregou a Escrituração Fiscal Digital em branco.*

Infração 08 – 01.02.40 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is).*

*Também nesta infração não há como comprovar o ilícito do qual está sendo acusado, haja vista que a EFD foi entregue em branco. Infração **improcedente**.*

Infração 17 – 16.01.02 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal.*

Por se tratar de descumprimento de obrigação acessória, cabe a incidência do art. 173, I, no que corresponde à apreciação da decadência, e os fatos geradores desta infração não foram atingidos.

As notas fiscais constantes nos demonstrativos de folhas 1585 não foram registradas conforme comprovam a Escrituração Fiscal Digital que foi entregue em branco, ou seja, zerada, relativa ao exercício de 2011, que fora entregue em abril de 2012, porém não contem as operações realizadas pelo sujeito passivo. Restou demonstrado a falta de registro nas notas fiscais, na EFD.

Infração procedente.

Na **infração 09**, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento fiscal, para a comprovação do direito ao crédito, destaca o autuante que as alegações da defendente não procedem, pelas seguintes razões:

1 - O Demonstrativo de débito (doc. fls. 1278), intimação (doc. fls. 1279) para apresentação das notas fiscais constantes nos documentos de folhas 1280); relação das notas fiscais intimadas e apresentadas (doc. fls. 1281 e 282); cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1592 a 1727) e Apuração do ICMS (docs. fls. 1728 a 1753).

2 -As notas fiscais constantes do demonstrativo de folhas 1278 não foram apresentadas conforme comprovam os documentos de folhas 1279 a 1280 (intimação e relação de notas fiscais) e o documento fiscal de folhas 1281 (notas fiscais intimadas e apresentadas).

Apreciando-a em seu conjunto, em preliminar de decadência, deve ser aplicado o art. 173, I do CTN, e, portanto, os fatos geradores desta infração não foram atingidos pela decadência.

No mérito, pelas razões adredemente expostas, com relação à entrega da Escrituração Fiscal Digital zerada, a infração é improcedente, posto que não há como comprovar a utilização indevida de crédito fiscal.

Infração improcedente.

Na **infração 10**, referente a utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação, no mês de novembro de 2011, entendo que o lançamento fiscal encontra-se fulminado pela decadência, art. 150, § 4º do CTN. **Infração improcedente.**

A **infração 11**, decorreu do recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. nos meses de abril a dezembro de 2011.

De início destaco que deve ser aplicado o art. 150, § 4º do CTN, para o período de abril a novembro de 2011, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS, sem que tenha sido detectada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Quanto ao mês de dezembro de 2011, a infração não pode ser comprovada, vez que não houve a regular entrega da Escrituração Fiscal Digital, para o período.

Infração improcedente.

Infração 12 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Os meses autuado correspondem a fevereiro e abril de 2011, portanto, não sujeitos à decadência com base no art. 173, I do CTN, pois não houve recolhimento de ICMS. Em decorrência de esta infração não depender de registro na Escrituração Fiscal Digital, procede a acusação fiscal, vez que também não foram trazidos os comprovantes de que o ICMS/difal foi recolhido. **Infração procedente.**

Infração 13 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Deve ser aplicado o art. 173, I do CTN, logo a decadência não atingiu o período autuado, o qual corresponde a maio, julho a outubro e dezembro de 2011.

Constam os seguintes documentos: Demonstrativo de débito (docs. fls. 1381 a 1382), vias das notas fiscais (docs. Fls. 1383 a 1399), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1415 a 1416), vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls.1417 a 1422) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1754 a 1764).

A Autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

O demonstrativo de débito (docs. fls. 1381 a 1382), as vias das notas fiscais (docs. fls. 1383 a 1399), o demonstrativo de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1415 a 1416), as vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1417 a 1422) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1754 a 1764) comprovam que não houve recolhimento referente aos meses de maio, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro (docs. Fls. 1381 a 1382).

Destaco que, do mesmo modo que na infração 12, esta imputação não depende da Escrituração Fiscal Digital, como também não foram trazidos comprovantes de que o recolhimento do ICMS teria sido efetuado.

Infração procedente.

Infração 15 – 07.15.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às

aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Aplico o art. 173, I do CTN, logo o lançamento não foi alcançado pela decadência, pois abrange o período de abril, junho a outubro de 2011.

Constam os seguintes documentos: Demonstrativo de débito, (docs. 1423 a 1425) vias das notas fiscais (docs. fls. 1426 a 1483), demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (docs. fls. 1566 a 1567), vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1568 a 1584), cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. 1592 a 1727) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1754 a 1764).

A autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

Os demonstrativos de débito, (docs. 1423 a 1425) as vias das notas fiscais (docs. fls. 1426 a 1483), os demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (docs. fls. 1566 a 1567), as vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1568 a 1584) e os comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1754 a 1764) comprovam que não houve recolhimento referente aos meses de abril, junho, julho, agosto, setembro e outubro (docs. fls. 1423 a 1425).

Infração procedente, pois a falta de registro na Escrituração Fiscal Digital não afeta a comprovação de que efetivamente ocorreu a infração, vez que os comprovantes relativos ao pagamento do ICMS antecipação parcial não foram trazidos pelo dependente.

Infração 14 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Infração na qual deve ser aplicado o art. 150, § 4º, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS. Os meses autuados foram: janeiro, fevereiro, março e junho de 2011, todos atingidos pela decadência, ou seja, a Fazenda Pública perdeu o direito de constituir o crédito tributário.

Infração improcedente.

Infração 16 – 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Infração na qual também deve ser aplicado o art. 150, § 4º, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS. Os meses autuados foram: janeiro, fevereiro, março, maio, novembro e dezembro de 2011, todos atingidos pela decadência, com exceção do mês de dezembro de 2011, ou seja, a Fazenda Pública perdeu o direito de constituir o crédito tributário, cujos fatos geradores ocorreram de janeiro a novembro de 2011.

Fica mantida a infração no mês de dezembro de 2011, no valor de R\$ 44,59, sendo que o demonstrativo de débito, (docs. 1484 a 1488), as vias das notas fiscais (docs. fls. 1489 a 1565), os demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (doc. fls. 1566 a 1567), as vias cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1568 a 1584) e os comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1754 a 1764) comprovam que houve recolhimento a menor referente ao mês de dezembro (docs. fls. 1484 a 1488).

Ademais, o recolhimento, tanto do ICMS Antecipação Parcial como do recolhimento do ICMS Antecipação Tributária é de responsabilidade da Autuada.

Infração procedente em parte, permanece a exigência fiscal com relação ao mês de dezembro de 2011, no valor de R\$44.59.

Na Infração 18 deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, RELATIVO AO PERÍODO DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2011.

Por se tratar de descumprimento de obrigação acessória, deve ser aplicado o art. 173, I do CTN, logo o instituto da decadência não atingiu os fatos geradores de janeiro a dezembro de 2011.

Esta infração ocorreu em razão de a autuada não ter apresentado as informações exigidas na forma prevista na legislação, conforme comprova documentos de folhas 1591 (CD contendo os arquivos apresentados).

Foi intimada para retificar a Escrituração Fiscal Digital, (doc. Fls. 15), porém, não atendeu a intimação.

A multa aplicada pelo autuante reporta-se ao art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, com a seguinte redação:

l) R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital – EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Esta redação é atual e foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15.

Contudo, com o período autuado compreende os meses de janeiro a dezembro de 2011, a redação originária dada à alínea “I” foi acrescentada ao inciso XIII-A caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/01/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13:

I) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Assim, aplica-se ao caso presente a legislação acima, que somente tipifica a infração em ocorrendo a falta de entrega da EFD, nos prazos previstos na legislação. Em virtude de a sociedade empresária ter entregue a EFD nos prazos regulamentares, mas sem as informações exigidas, não se enquadra na irregularidade acima.

Não houve falta de entrega da EFD, portanto a infração é improcedente, por falta de tipificação da sanção tributária.

Infração improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Por fim, a JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$5.082,76, e recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Às fls. 1.879/1880 dos autos, constam comprovantes do recolhimento do valor consignado na Decisão recorrida.

VOTO

Quanto às exações 1 a 11, 14, 16 e 18, as quais foram objeto do Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, inerente ao Acórdão nº 0074-02/17, depreendo as seguintes análises acerca da Decisão recorrida:

Infração 1, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$174,32, de material para uso e consumo, em abril de 2011, concordo que se encontra fulminada pela decadência, com aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Infração improcedente.

Infração 2, relativa a utilização indevida de crédito de ICMS, inerente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro/2011, discordo da Decisão recorrida de que a acusação trata de utilização de créditos manifestamente ilegítimos e, assim, considera-se como ocorrências em que haja dolo, fraude ou simulação, devendo-se aplicar o art. 173, I, do CTN, não estando os fatos geradores alcançados pela decadência.

Da análise dos documentos fiscais, às fls. 45 a 940 dos autos, observa-se que se tratam de inúmeras operações internas, inclusive de transferências, de diversas mercadorias supostamente sujeitas ao regime de substituição tributária, contudo sem a devida efetivação da substituição do imposto.

Apesar de ser inadmissível ao contribuinte desconhecer as normas legais e, como tal, se creditar de mercadorias sujeitas ao regime ICMS-ST, o que é vedado na legislação baiana, tal conduta não comprova a existência de dolo, fraude ou simulação, os quais devem ser provados, de modo a deslocar o início da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do ano seguinte do fato gerador, conforme prevê o art. 173, I, do CTN, nos termos fundamentados no Acórdão recorrido.

Saliente-se que o fato de não haver o ICMS-ST destacado nas notas fiscais, mas, sim apenas o ICMS normal da operação, já é um atenuante ao recorrente, pois, por indução, pode levá-lo a aplicação do regime normal de apuração do ICMS. Por outro lado, por se tratarem de operações internas, caberiam aos remetentes a penalidade prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, c/c o §1º do mesmo dispositivo da Lei nº 7.014/96, os quais preveem:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”;

[...]

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Em consequência, por se comprovar tratar-se de operações internas, nas quais incidiram a indevida tributação pelo regime normal, com crédito na entrada e débito na saída, tanto pelos remetentes, fato inquestionável pelos destaques nos documentos fiscais em análise, e provavelmente com saídas tributadas pelo recorrente, em razão de atribuir às mercadorias tributação pelo regime normal (modus operandi - vide transferência), seria cabível apenas a multa acima prevista, contudo, com direito ao crédito fiscal para compensar com o débito, atribuído pela aplicação do regime normal de tributação, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

Entretanto, toda essa análise apenas demonstra inexistir a comprovação de que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação e, em consequência, a exigência de crédito indevido, no caso concreto, encontra-se fulminada pela decadência, com aplicação do art. 150, § 4º do CTN, quanto às competências anteriores a dezembro de 2011.

No mérito propriamente dito, peço *venia* para discordar da Decisão recorrida quanto à conclusão de ser improcedente a exação pelo fato de o contribuinte ter apresentado a Escrituração Fiscal Digital (EFD) em branco e, como tal, não haver como apurar a utilização indevida de crédito fiscal.

Registre-se que no exercício de 2011, objeto da ação fiscal sob análise, o contribuinte realizava sua escrita fiscal pelo método convencional, ou seja, escrituração dos livros físicos, apurando a conta corrente de ICMS e registrando todas suas operações mercantis, inclusive as entradas, como comprovam as cópias do livro Registro de Entradas, às fls. 1.592 a 1.727 dos autos, do que se baseou a autuante para proceder a fiscalização, tendo, nesta oportunidade, constatado os créditos indevidos, objeto de análise.

Saliente-se, ainda, que tal exercício tratava de um período de transição da escrita convencional para implantação da Escrituração Fiscal Digital (EFD), como se pode concluir da interpretação do art. 897-D, §3º, do RICMS/97, então vigente, a seguir transcrito:

Art. 897-A. 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

Art. 897-B. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:

I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 897-D;

Art. 897-D. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

[...]

§ 3º Os contribuintes obrigados à EFD, a partir de janeiro de 2011, poderão enviar os arquivos correspondentes aos meses de janeiro de 2011 a março de 2012 até o dia 25/04/2012.

Nota: O § 3º foi acrescentado ao art. 897-D pela Alteração nº 151 (Decreto nº 13537, de 19/12/11, DOE de 20/12/11), efeitos a partir de 20/12/11.

Portanto, por tratar de uma fase de transição, na qual os arquivos da EFD, mesmo aos contribuintes obrigados a partir de janeiro de 2011, poderiam enviar até o dia 25/04/2012, não há como se desprezar ou desconsiderar os livros de sua escrita fiscal convencional, relativos a tal período de transição, nos quais o próprio contribuinte declara todas suas operações mercantis, apura e recolhe o imposto (fato este inequívoco e sequer questionado pelo sujeito passivo), de modo a considerar improcedente a autuação sob o entendimento “... de o contribuinte ter apresentado a Escrituração Fiscal Digital – EFD, em branco, não há como apurar a utilização indevida de crédito fiscal”.

Assim, diante de tais considerações, por se aplicar o art. 150, §4º, do CTN e se considerar legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte, ainda que em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a exação, em que pese nos moldes previstos no art. 42, II, “d”, c/c o §1º, da Lei 7.014/96, o que vale dizer, em razão de atribuir às mercadorias tributação pelo regime normal, seria cabível apenas a multa acima prevista, contudo, com direito ao crédito fiscal para compensar com o débito, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto, concluo pela improcedência da exigência fiscal, mesmo para a competência de dezembro, nos termos efetivados de “utilização indevida de créditos fiscais”.

Diante de tais considerações, mantenho a Decisão recorrida pela improcedência da infração 2.

Infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a documento fiscal falso ou inidôneo, em que pese concordar com a Decisão recorrida quanto à aplicação do art. 173, I, do CTN, peço vênica para discordar, pelos mesmos motivos expostos na infração 2, quanto à conclusão de que “... como o sujeito passivo entregou a Escrituração Fiscal Digital, relativa ao período autuado, em branco, não há como assegurar que houve a utilização indevida de crédito fiscal”, razão de restabelecer o valor de R\$43.762,55 e julgar subsistente a exação 3, modificando a Decisão recorrida.

Infração 4, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade (NF nº 16479- fls. 957/958), no mês de março de 2011.

Concordo com a improcedência da exação, porém, não sob a fundamentação de que não há como assegurar que o crédito fiscal tenha sido utilizado em razão de o contribuinte não ter entregue a EFD devidamente preenchida, como consignado na Decisão recorrida.

Vislumbro que o ilícito fiscal apurado, em única nota fiscal, não caracteriza dolo, simulação ou fraude e, como tal, se encontra fulminada pela decadência, com aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida.

Infração 5, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de frutas com saídas isentas, no valor de R\$302,16, discordo da Decisão recorrida em aplicar o art. 173, I, do CTN, pois entendo que as operações, objeto de análise, foram devidamente registradas na escrita fiscal e não caracterizam dolo, simulação ou fraude, logo, se aplica o art. 150, §4º, do CTN, em que pese em ambos dispositivos legais, o fato gerador, ocorrido em dezembro de 2011, não havia sido atingido pela decadência, quando da ciência ao sujeito passivo do Auto de Infração, em 23/12/2016.

Também discordo da Decisão recorrida de julgar improcedente a exação, sob à fundamentação de que não há como assegurar que o crédito fiscal tenha sido utilizado, em razão de o contribuinte não ter entregue a EFD preenchida, pois, como já dito, considero legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a exação, conforme documentos às fls. 959 a 965 dos autos, que comprovam tratar-se de mercadorias com saídas isentas.

Diante de tais considerações, reformo a Decisão recorrida para restabelecer o ICMS exigido de R\$302,16, julgando procedente a infração 5. Modificada a Decisão recorrida.

Infração 6, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de mercadorias (pescado, arroz, feijão e fubá de milho), com saídas subsequentes beneficiadas com redução de 100% da base de cálculo, também discordo da Decisão recorrida em aplicar o art. 173, I, do CTN, pois entendo que as operações, objeto de análise, foram devidamente registradas na escrita fiscal e não caracterizam dolo, simulação ou fraude, logo, se aplica o art. 150, §4º, do CTN, o que implica dizer, que as competências de janeiro a novembro de 2011 encontram-se extintas pela decadência, tendo em vista a ciência ao sujeito passivo do Auto de Infração em 23/12/2016.

Quanto ao mês de dezembro/2011, no qual exige o ICMS de R\$1.289,98, cuja exação não foi atingida pela decadência, pelas razões já exposta discordo da Decisão recorrida que julgou improcedente, sob à fundamentação de o contribuinte não ter entregue a EFD preenchida, pois considero legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a infração, conforme documentos às fls. 971/972 e 1.093 a 1.119 dos autos.

Diante de tais considerações, reformo parcialmente a Decisão recorrida para restabelecer o ICMS exigido de R\$1.289,98, julgando procedente em parte a infração 6. Modificada a Decisão recorrida.

Infração 7, relativa a utilização indevida de crédito de ICMS referente a imposto *não destacado* em documentos fiscais, nos meses de junho a dezembro/2011, apesar de concordar com a JJF quanto à aplicação do art. 173, I, do CTN, pelos motivos expostos discordo da conclusão da JJF de que “... *não há como assegurar que houve a utilização indevida de crédito fiscal*”, pois considero legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a exação, conforme documentos às fls. 1.120 a 1.150 dos autos, razão para restabelecer o valor de R\$852,59 e julgar subsistente a exação 7. Modificada a Decisão recorrida.

Infração 8, relativa a utilização indevida de crédito de ICMS em *valor superior ao destacado* em documentos fiscais, nos meses de janeiro e outubro a dezembro/2011, aplica-se a mesma conclusão do item anterior, ou seja, impõe-se o art. 173, I, do CTN, para restabelecer o valor de R\$3.612,68, por considerar legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a exação, conforme documentos às fls. 1.151 a 1.277 dos autos. Modificada a Decisão recorrida. Infração subsistente.

Infração 9, relativa a utilização indevida de crédito de ICMS por não haver documento fiscal para a comprovação do direito ao crédito, nos meses de fevereiro e março de 2011, cujo veredito aplica o mesmo da infração anterior, ou seja, impõe-se o art. 173, I, do CTN, para restabelecer o valor de R\$29.513,59, por considerar legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a exação, conforme demonstrado às fls. 1.278/1.282; Registro de Entrada e Registro de Apuração do ICMS, às fls. 1.592 a 1.753 dos autos. Modificada a Decisão recorrida. Infração subsistente.

Infração 10, relativa a utilização a maior de crédito de ICMS da antecipação parcial, em novembro de 2011, concordo com a JJF que a exigência se encontra fulminado pela decadência, conforme prevê no art. 150, § 4º, do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Infração improcedente.

Infração 11, relativa ao recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores recolhido e o escriturado no Registro de Apuração do ICMS, nos meses de abril a dezembro de 2011, concordo com a JJF que a exigência se encontra fulminada pela decadência, como prevê o art. 150, § 4º, do CTN, para o período de abril a novembro de 2011, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS, sem que tenha sido detectada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Quanto ao mês de dezembro/2011, no qual exige ICMS de R\$24.901,29, cuja exação não foi atingida pela decadência, discordo da Decisão recorrida que julgou improcedente, sob o lastro de o autuado não ter entregue a EFD preenchida, pois considero legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, como também por restar caracterizada a infração, conforme documentos às fls. 1.335/1.337 e 1.348/1350 dos autos.

Diante de tais considerações, reformo parcialmente a Decisão recorrida para restabelecer o ICMS exigido de R\$24.901,29, julgando procedente em parte a infração 11. Modificada a Decisão recorrida.

Infração 14, relativa ao recolhimento a menor de ICMS por antecipação, nos meses de janeiro a março e junho/2011, concordo com a JJF que a exação se encontra decaída, como prevê o art. 150, § 4º, do CTN, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS, sem que tenha sido detectada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Mantida a Decisão recorrida. Item insubsistente.

Infração 16, relativa ao recolhimento a menor de ICMS por antecipação parcial, nos meses de janeiro a março, maio, novembro e dezembro/2011, concordo com a JJF que a exação se encontra decaída, como prevê o art. 150, § 4º, do CTN, para as competências de janeiro a março, maio e novembro de 2011, por se tratar de recolhimento a menor do ICMS, sem que tenha sido detectada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Mantida a Decisão recorrida. Item subsistente em parte, no valor de R\$44,59, relativo ao mês de dezembro de 2011.

Infração 18, relativa a multa, no total de R\$16.560,00, por ter o contribuinte entregue os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD – sem as informações exigidas na forma previstas na legislação tributária, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2011, concordo com a Decisão recorrida de que, à época dos fatos, a redação do art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, somente tipifica a infração em ocorrendo a falta de entrega da EFD, nos prazos previstos na legislação.

Por ter o recorrido entregue a EFD nos prazos regulamentares (abril/2012; §3º, art. 897-D, RICMS), mas sem as informações exigidas, não se enquadra na hipótese legal acima. Mantida a Decisão recorrida. Item insubsistente.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida, quanto às infrações 3, 5, 7, 8 e 9, as quais restabeleço em sua integralidade, assim como às infrações 6 e 11, as quais restabeleço parcialmente aos valores exigidos na competência de dezembro de 2011.

VOTO DIVERGENTE (Quanto às infrações 7, 8 e 9 – prejudicial de decadência)

Peço vênha para discordar do posicionamento do i. Relator quanto à decadência nas infrações 7, 8 e 9.

As referidas infrações são referentes a utilização indevida de crédito de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal (7 e 8) e sem apresentação do documento do direito ao crédito (8) relativos ao período de 2011.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que, pelo fato de o contribuinte ter apresentado a EFD zerada, o autuante não tinha como proceder com os cálculos das infrações imputadas, motivo pelo qual entendeu pela improcedência destas infrações.

Todavia, o i. Relator entende que a conclusão da JJF de que “... não há como assegurar que houve a utilização indevida de crédito fiscal”, não deve prosperar, pois considera legítimos os lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal convencional, motivo pelo qual restabelece as infrações.

Mas em um mesmo ponto ambos concordam: quanto à decadência nestas infrações, seria aplicável o art. 173, I do CTN.

Ora, Percebe-se claramente que houve a apuração do imposto, não restando comprovado que houve o efetivo pagamento do tributo. Assim, o Fisco teve a possibilidade de verificar (como o fez neste Auto de Infração) o cometimento do ilícito tributário, porém o fez em descompasso com o que determina o art. 150, §4º do CTN.

Por ser o ICMS um imposto de natureza homologatória, de apuração mensal, inquestionável que o prazo decadencial adotado deve ser o disposto no art. 150, §4º do CTN, e não o do art. 173, I, como

defende o julgador de piso e o i, Relator. Vejamos o disposto no artigo supramencionado:

“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.”

Seguindo adiante, a Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, em Incidente de Uniformização, entendeu pela aplicação do art. 150, §4º do CTN quando houver comprovação de pagamento, em montante inferior, das operações declaradas. Vejamos:

6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Em que pese louvar o avanço de posicionamento por parte da PGE sobre a matéria da Decadência quanto à aplicação do art. 150, §4º do CTN em detrimento do art. 173, I do mesmo código, nos casos em que há comprovação do pagamento a menor, discordo desta linha limitada da aplicação do art. 150, uma vez que defendo o entendimento de que o pagamento, por si só do ICMS, não é o fator determinante da aplicação da referida norma.

Como já dito anteriormente, em sendo o ICMS um imposto por homologação, de apuração mensal, condicionar a aplicação do art. 150, §4º ao pagamento seria desconsiderar a própria natureza de tal tributo.

Este posicionamento foi brilhantemente abordado pelo i. Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, momento em que aproveito para colacionar um trecho do voto por ele proferido quanto à decadência. Vejamos:

(...)

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extremamente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de prazo decadencial com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade. Desse modo, percebo que a natureza jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; concluo que o prazo a ser observado nos

lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.” (grifo nosso).

Assim, no caso em apreço, a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados e referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 20/12/2012, de fato foram fulminados pela decadência, o que implica na extinção do crédito tributário, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Assim, restam mantidos na autuação os períodos relativos a dezembro/2011 nas infrações 7, 8 e 9 em razão de serem posteriores à decadência.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, acompanhando o Relator em relação às demais infrações.

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, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.3038/16-3**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$109.246,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$65.484,17 e 100% sobre R\$43.762,55, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e IV, “j” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$70,88**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos (fls. 1.879/1.880).

VOTO VENCEDOR (Infrações 7, 8 e 9 – decadência) – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 7, 8 e 9 – decadência) – Conselheiro: Laís de Carvalho Silva, José Rosivaldo Evangelista Rios e Elde Santos Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE
(Infrações 7, 8 e 9 – decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS