

**PROCESSO** - A. I. Nº 128984.3011/16-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0105-04/18  
**ORIGEM** - INFRAZ ILHÉUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 23/04/2019

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0055-11/19

**EMENTA:** ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDAS DE MERCADORIAS QUANDO NÃO MAIS EXERCIA REGULARMENTE AS ATIVIDADES COMERCIAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. DECADÊNCIA. Apesar dos fatos jurídicos tributários terem ocorrido no decorrer do exercício de 2011, janeiro a dezembro, e o Auto de Infração ter sido lavrado em 27/12/2016, a ciência ao autuado só ocorreu em 23/01/2017, portanto já decorrido o prazo legal de 5 anos, situação esta que configura a decadência da Fazenda Estadual do direito de proceder lançamento a título de exigência de crédito tributário do exercício de 2011. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 4ª JJF em face da desoneração determinada no julgamento do Auto de Infração, lavrado em 27.12.2016, que determinou a cobrança de ICMS no valor original de R\$1.021.001,00, julgado Improcedente, conforme Acórdão 4ª JJF nº 0105-04/18, pelo cometimento da seguinte infração:

*Infração 01 – 02.11.02 - Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.*

Tendo como complementação: *Emitiu Notas Fiscais quando não mais exercia as atividades mercantis.*

Analizando o Auto de Infração e seus anexos, fls. 01 a 123, bem como a Defesa apresentada pela autuada, fls. 129 a 137 e a Informação Fiscal prestada pelo autuante, fls. 146 a 149, por unanimidade, assim se pronunciou a 4ª JJF:

*O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2016, para fatos geradores ocorridos a partir de 31/01/2011 até 31/12/2011, cuja ciência pelo autuado ocorreu no dia 23/01/2017.*

*À fl. 124 dos autos consta um documento a título de Termo de Início de Fiscalização lavrado em folha avulsa, constando a data de início da fiscalização como sendo em 27.12.2016, mesmo dia da lavratura do Auto de Infração, termo este que, ao final, contém a data de 28/12/2016, posterior ao dia do encerramento da fiscalização. Ressalte-se que este termo não contém a ciência do autuado, portanto, refere-se a um instrumento inapto.*

*O autuado suscitou a decadência do lançamento com a consequente extinção do crédito tributário para todos os fatos ocorridos em períodos anteriores a 27/12/2011, data da lavratura do Auto de Infração.*

*Vejo que esta questão de decadência atualmente já se encontra pacificada neste Conselho de Fazenda, a partir do entendimento firmado pela PGE/PROFIS através do documento intitulado Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0. Neste contexto, pode-se sintetizar que o Código Tributário Nacional alberga basicamente os seguintes critérios para efeito de contagem do prazo decadencial:*

- a) *Aquele previsto pelo Art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior ao devido;*
- b) *O previsto pelo Art. 173, inciso I, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato tributário, apura o*

montante devido mas não efetua o pagamento; não declara a ocorrência do fato jurídico tributário; declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento do imposto declarado, porém, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi a menos que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

À luz dos documentos anexados aos presentes autos poder-se-ia afirmar que os fatos jurídicos tributários estariam alcançados pela regra prevista pelo Art. 173, inciso I do CTN, já que o autuado, através do Processo SIPRO nº 091716/2016-3, com data de 31/05/2016, informou a SEFAZ que “encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010, não houve movimentação nos anos de 2011 e 2012” situação esta que o levou à não apresentar à Fiscalização a documentação solicitada em relação aos mencionados exercícios.

Ocorre, entretanto, que de acordo com os documentos fiscais constantes a partir da fl. 06 até a de nº 123 dos autos, está comprovado que o autuado emitiu durante o decorrer do exercício de 2011 quantidade significativa de notas fiscais a título de vendas para a empresa DALNORDE SUP. E DIST. DE ALIMENTOS LTDA., sua sucessora, de acordo com a informação do autuante, porém não declarou, não registrou e tampouco efetuou o pagamento dos impostos decorrentes dessas operações, as quais, certamente, geraram créditos fiscais ao destinatário.

Por outro ângulo, a PGE/PROFIS, se posicionou que vinha entendendo que, uma vez efetivado o lançamento de ofício, mediante lavratura de Auto de Infração ou Notificação Fiscal, não mais se poderia cogitar de decadência. Entretanto, esse mesmo órgão jurídico modificou essa linha de entendimento “em face de reiteradas decisões judiciais no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos fluí até a data em que o contribuinte seja notificado do lançamento de ofício”, pontuando ainda que, “mesmo que o auto de infração seja lavrado no quinquídio legal, ainda assim estaria configurada a decadência, se a notificação do sujeito passivo ocorrer já após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos”.

Nessa linha de entendimento, foi apresentado pela própria PGE/PROFIS, a título ilustrativo, ementas de acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, os quais seguem abaixo reproduzidos:

**TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.**

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.

3. Súmula TFR 153: “Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos”.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDc1 no RESP 1162055/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/02/2011) (grifos acrescentados).

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO OU PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, 1, DO CTN.**

1. A Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é suficiente para a cobrança dos valores nela declarados, dispensando-se qualquer outra providência por parte do Fisco. RESP 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira seção, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008.

2. Na espécie, a Comissão de Valores Mobiliários ajuizou execução para cobrança da Taxa de Fiscalização de Valores Mobiliários, tributo esse que, nos termos da Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989, deve ser calculado trimestralmente pelo contribuinte, de acordo com o patrimônio líquido.

3. As instâncias ordinárias assentaram a ausência de entrega de declaração ou pagamento antecipado. Assim, o termo inicial do prazo decadencial se iniciou em 1º.1.1996, tendo como termo final 31.12.2000. A

notificação do contribuinte somente ocorreu em dezembro de 2001. Decadência configurada.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RESP 1259563/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011) (grifos acrescentados)

**TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 do CTN.**

1. No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o débito tributário foi constituído em 2001 e que a citação do devedor ocorreu em 2009, de modo que ocorreu a prescrição. Não há nenhuma menção de impugnação administrativa. Desconstituir tais premissas requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo “despacho que ordena a citação A nova regra, entretanto, tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior a sua entrada em vigor.

3. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito, que se dá, nos casos de lançamento de ofício, quando não couber recurso administrativo ou quando se houver esgotado o prazo para sua interposição.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 788.656/RO, Rel. FERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016) (grifos acrescentados).

Neste contexto, verifico que apesar dos fatos jurídicos tributários terem ocorrido no decorrer do exercício de 2011, janeiro a dezembro, e o Auto de Infração ter sido lavrado em 27/12/2016, a ciência ao autuado só ocorreu em 23/01/2017, portanto, já após findo o prazo de 5 anos, situação esta que, à luz do quanto acima exposto, configura a decadência da Fazenda Estadual do direito de reclamar crédito tributário relativo ao ano de 2011.

Isto posto, voto pela improcedência do presente Auto de Infração, observando, finalmente, que em vista deste fato superveniente, deixo de apreciar as nulidades suscitadas pelo autuado.

Nos termos do que estabelece o RPAF no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

## VOTO

O Auto de Infração, objeto do Recurso de Ofício que passo a analisar, teve desoneração determinada pela 4ª JJF em valor superior ao previsto no dispositivo legal acima, sendo, portanto, passível de apreciação por parte desta Câmara de Julgamento Fiscal.

Versa o Auto de Infração de cobrança de tributo sobre valores não recolhidos sobre vendas efetuadas sem a devida escrituração nos livros fiscais da autuada e, conforme afirmado pelo preposto autuante, oriundas de notas fiscais irregulares, quando a empresa já se encontrava com cadastro baixado nos arquivos da SEFAZ/BA.

A afirmativa de que a autuada não mais se encontrava em atividade comercial foi prestada através documento firmado pelo Contador Antônio Paulo dos Santos, CRC-BA nº 16.713, fl. 11, e Informação do Processo nº 091716/2016-1, prestada pela COAT/INFAZ-Ilhéus, fl. 14, muito embora a autuada tenha tido sua inscrição considerada INAPTA em data de 14.09.2011, continuando, até a presente data sem baixar a sua inscrição no Cadastro Básico do ICMS do Estado.

A 4ª JJF rejeitou, de início a preliminar de nulidade suscitada pela autuada com base na regularidade de todo o procedimento fiscal, não havendo no mesmo nada que venha acobertar tal premissa.

Afastada a preliminar de nulidade, as 4ª JJF adentrou ao mérito dos questionamentos, analisando a peça defensiva da autuada sob a ótica da decadência suscitada.

Temos que o processo fiscalizatório foi encerrado no dia 27.12.2016, fl. 01, estranhamente, com Termo de Início de Fiscalização firmado pelo autuante com data de 28.12.2016, portanto em data posterior ao encerramento da fiscalização, saneado no dia 28.12.2016 e dado ciente pela Inspetora em data de 29.12.2016, e, finalmente tendo o autuado ficado ciente no dia 23.01.2017, conforme comprovação na fl. 020 do processo.

O instituto da decadência reconhecido pelo CTN nos artigos 173 e 150, Parágrafo 4º, vem a dar razão ao autuado, muito embora a atitude de emitir documentos fiscais que serviriam de fornecer créditos fiscais a outros contribuintes não esteja dentro dos preceitos legais.

Como alegado pela autuada em sua peça defensiva a 4ª JJF após análise dos fatos narrados pelo autuante e pela autuada, e, tendo em vista o que determina o Código Tributário Nacional no artigo 150, Parágrafo 4º a seguir transcrita:

*“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”,*

Entendeu a 4ª JJF de acolher os argumentos da autuada acatando a alegação de decadência, com o que também comungo.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e julgo o Auto de Infração IMPROCEDENTE, mantendo a Decisão proferida no julgamento de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.3011/16-5**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, em 27 de fevereiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS