

A. I. Nº - 299326.0011/17-5
AUTUADO - PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA - ME
AUTUANTES - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA e ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/09/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-03/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de decadência. Não acolhido pedido de redução de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, exige crédito tributário no valor de R\$590.260,91, acrescido da multa de 100%, em razão da Infração 01 - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2012 a janeiro de 2015 - Demonstrativos às fls. 09 a 31 e CD à fl. 33.

Consta como complemento que “*A empresa encontra-se baixada pelo sistema de cadastro da SEFAZ/BA e foi beneficiada no período pelo Crédito presumido, na razão de 90% do imposto incidente nas operações de saídas, em conformidade com a Resolução nº 05/2009 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA; Ademais, transmitiu a Escrituração Fiscal Digital - EFD relativo aos meses de abril de 2012 a janeiro /2015 com ausência de dados e deixou de transmitir as EFDs relativas aos meses de fevereiro a junho de 2015. Outrossim, apresentou as Declarações e Apuração Mensal do ICMS - DMAs relativas aos meses de abril/2012 a janeiro/2015 com ausência de dados das operações mercantis e deixou de apresentar as DMAs relativas aos meses de julho/2015 a junho/2016. Em razão ao exposto, foram utilizadas as movimentações mercantis de Entradas e Saídas realizadas pela empresa durante o período e armazenadas e colhidas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas - Nfe, apurando-se os valores de ICMS Normal a recolher, computando-se o crédito presumido de acordo com a Resolução acima mencionada, bem como o ICMS substituto Retido e não recolhido relativo às saídas internas de mercadorias realizadas pela empresa no período.*”

O Autuado impugna o lançamento, fls. 43 a 71, articulando os argumentos a seguir resumidos.

De início e especificamente no que se refere às competências de janeiro a maio de 2012, assevera que fato é que, quando foi intimada dos termos da autuação em referência, eventuais saldos a recolher a título de ICMS reputados devido pelo Estado da Bahia, referentes às competências de janeiro a maio de 2012, já não podiam ser exigidos, visto que, à essa altura, já haviam sido extintos pela decadência.

Diz ser cediço, que a decadência é a perda do direito de o sujeito ativo da obrigação tributária constituir o respectivo crédito, em vista do decurso de determinado período de tempo.

Esclarece que se valendo da competência que lhe foi outorgada pelo art. 146, inciso III, alínea “b”, da CF/88, o Código Tributário Nacional - CTN veicula prazos decadenciais diversos, consoante a sistemática do lançamento tributário, distinguindo lapsos decadenciais relativos aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, art. 173 e aqueles atinentes aos tributos sujeitos a lançamento por homologação (art. 150, §4º).

Ressalta que se tratando o ICMS de típico tributo sujeito a lançamento por homologação - sistemática na qual o sujeito passivo efetua, por sua conta e risco, o confronto entre créditos e débitos fiscais de cada período, recolhendo aos cofres públicos o saldo devedor apurado ao final de cada operação, se existente, enquanto que a Fazenda Pública se limita a exercer o controle, homologando, expressa ou tacitamente, os expedientes realizados pelo contribuinte - é certo que o prazo decadencial a ele aplicável é o disciplinado no §4º, do art. 150 do CTN.

Registra que da análise do dispositivo legal supratranscrito, conclui-se que, tendo o contribuinte/responsável apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês aos cofres públicos, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário ao final de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, inciso VII do CTN.

Explica que o prazo de decadência atinente aos tributos lançados por homologação desvia-se da regra geral, amoldando-se em norma específica.

Esclarece que, caso a Fazenda Pública se abstenha de se manifestar acerca da correção da apuração e dos cálculos do tributo apurado e pago ao longo do lapso temporal aludido, nenhum expediente lhe competirá para exigir o quanto entenda lhe ser devido a título de diferença, posto que a sua inércia importará na homologação tácita do procedimento levado a cabo pelo contribuinte, restando extinto o crédito tributário correspondente (art. 156, inciso VII do CTN).

Menciona que no caso em tela, verifica-se que quando foi intimada dos termos do Auto de Infração, em 30/06/2017, já havia transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, relativamente ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012, sendo certo que o transcurso do referido prazo implicou homologação tácita dos procedimentos de apuração adotados e dos pagamentos realizados, em vista do que se operou, conseqüentemente, a perda do direito de a Fazenda Estadual exigir as diferenças do ICMS a que supostamente faz jus.

Diz que esse prazo define-se como um prazo de decadência do direito de lançar o tributo, ou mais precisamente, de praticar o ato tributário de homologação ou de lançamento *ex officio*. Afirma que a decadência traduzir-se-ia, na hipótese, em perda do direito de realizar o ato de controle em que a homologação consiste ou de praticar o ato de lançamento *ex officio*, por não comportar a hipótese homologação da atividade prévia do sujeito passivo.

Observa que o “fato gerador” dessa regra decadencial iniciará seu curso de cinco anos com a ocorrência do evento jurídico tributário, conforme dispõe expressamente a primeira parte do §4º, do art. 150 do CTN.

Esclarece que no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício.

Afirma que a homologação tácita do pagamento antecipado é o verso da moeda, cujo anverso é a decadência do direito de o Fisco lançar de ofício.

Sobre esse tema, transcreve lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu artigo “Prescrição e Decadência no Direito Tributário Brasileiro”.

Frisa que mantendo-se inerte, o Código considera esta inércia como homologação tácita, perdendo a Fazenda a oportunidade de operar lançamentos suplementares em caso de insuficiência de pagamento (preclusão). Daí que no termo do Quinquênio ocorre a decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, extinguindo-se a obrigação.

Observa que no caso em exame, as denúncias efetuadas tratam de casos em que o sujeito passivo prestou declaração ao Fisco e efetuou o pagamento de parte do imposto nos períodos apurados, casos que remetem para aplicação da regra do art. 150, §4º do CTN.

Menciona que, tendo em vista que o lançamento fiscal só foi consolidado em 30/06/2017, com a ciência do sujeito passivo, ficam cancelados os valores apurados até 29/06/2017, em razão de os

fatos geradores ocorridos até essa data estarem definitivamente homologados, não mais podendo ser objeto de novo lançamento tributário.

Revela que para o mesmo sentido caminha a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme se depreende dos recentíssimos arestos que transcreve do AgRg nos EResp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006.

Diz que, ante a concordância tácita da Fazenda Pública Estadual com os procedimentos de apuração e recolhimento do ICMS efetuados pelo contribuinte/responsável em determinados meses, evidencia-se a decadência do seu direito de promover o lançamento de eventuais diferenças do imposto que entenda fazer jus referentes àquele período.

Afirma não restar dúvida de que as supostas diferenças de ICMS referente ao período de 01/01/2012 a 20/06/2012, que o Fisco Baiano entende fazer jus, estão extintas, a teor do art. 156, inciso VII, do CTN, visto que o direito à sua constituição decaiu, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Arremata asseverando que ante o exposto, impõe-se o cancelamento do Auto de Infração ora combatido, no que tange à cobrança das diferenças de ICMS referentes ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012.

Quanto ao mérito, assinala que a autuação exige o pagamento de ICMS em virtude de suposto não recolhimento de ICMS no prazo regulamentar.

Afirma não assistir razão à Fiscalização, ao lhe imputar o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos fiscais juntados, devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.

Observa que a fiscalização estadual pretende exigir o pagamento de multa, “capituladas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96”, correspondentes a 100% do valor comercial do serviço prestado.

Cita que os Autuantes justificam tal exigência por suposto descumprimento da legislação do ICMS, cujo descumprimento não houve, especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no livro de Registro de Entrada, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas nos demonstrativos fiscais correspondentes ao Item 01 da peça acusatória.

Frisa que não pode o Fisco Estadual lhe exigir as multas cominadas sem levar em consideração as circunstâncias que permeiam o suposto cometimento da infração, sob pena de desnortear o propósito universal da aplicação da multa, que é o de punir o infrator na exata medida da sua culpabilidade.

Diz ser cediço que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o quantum da multa e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente.

Traz a colação a esse respeito, trecho de lições elucidativas de Helenilson Cunha Pontes.

Registra que a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, não devendo consistir num simples meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade, que veda justamente o excesso das sanções na medida em que elas extrapolem a sua finalidade e, mais do que isso, reclama a cada momento a correta adequação entre as regras de direito e o meio concreto a que elas se referem. Continua lembrando que foi exatamente em razão disso que o legislador concedeu, no §7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, reproduzido pelo art. 158 do RPAF-BA/99, que instituiu o, ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário.

Menciona que da leitura do dispositivo legal acima reproduzido, verifica-se que o cancelamento da multa pelo órgão julgador está condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam: *i*) - a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; *ii*) - a conduta infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e *iii*) - a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento do imposto.

Assinala que a fiscalização, por meio do item em foco, aplica multa pelo não cumprimento de obrigações acessórias, a saber, quanto ao erro na base de cálculo do item 01 da peça acusatória. Continua destacando que a ausência de escrituração das notas fiscais listadas pela fiscalização não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.

Acrescenta ressaltando que tampouco o Erário baiano deixou de arrecadar o imposto estadual, já que o que a fiscalização exige é, tão-somente, multa e não o tributo devido nessas operações.

Frisa que, o que houve no caso sob análise foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional.

Observa não haver dúvidas de que, se cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação; mas sim, decorreu de falha cometida por seus prepostos, que, por um lapso, deixaram de escriturar no livro Registro de Entrada algumas das notas fiscais referentes a entradas ocorridas no período fiscalizado.

Assevera não pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, dentre as quais estão os deveres instrumentais, também conhecidos como obrigações acessórias, lhe cumpre pontuar que apesar de não medir esforços para o andamento normal de suas atividades, estando atenta ao cumprimento das suas obrigações tributárias, sobretudo as principais, alguns dos seus deveres instrumentais não foram cumpridos a contento, pelos mais variados motivos.

Afirma que a ausência de escrituração das notas fiscais de entradas de mercadorias, no respectivo livro fiscal, decorreu de um escusável equívoco que em nada prejudicou a arrecadação estadual. Prossegue ressaltando que tal fato, conforme pontuado, não implicou dano ao Estado da Bahia que, em momento algum, deixou de arrecadar os impostos estaduais, quando efetivamente devidos.

Sustenta que a situação aqui descrita se amolda perfeitamente ao núcleo do §7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96, já que se estar diante de hipótese a que alude tal norma, de descumprimento de obrigação acessória, sem dolo, fraude ou simulação, e que não tenha implicado dano ao erário estadual.

Revela que todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, impostos pelo §7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96 foram devidamente atendidos, pelo que, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabe a esta Junta de Julgamento cancelar a multa consubstanciada no item do auto de infração em comento.

Declara que, longe de configurarem meras assertivas, o CONSEF vem proferindo diversas decisões nesse sentido, conforme se pode ver, a título exemplificativo, os Acórdãos CJF de Nºs 0037-11/10, 0433-13/13, 0250-11/10 e 0025-11/10, cujos excertos das decisões reproduz.

Registra que diante da total ausência de dolo, fraude ou simulação quando da prática do ato omissivo e em razão da não ocorrência de prejuízo ao Erário, cumpre aos membros desta Junta observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se afiguram em preceitos básicos inerentes ao Processo Administrativo.

Continua aduzindo que, caso este não seja o entendimento que inspira o ânimo dessa Junta de Julgamento, pugna para que, ao menos, seja reduzida a multa imposta pela fiscalização, a qual, conforme suso demonstrado, afigura-se desproporcional e iníqua. Arremata frisando que neste

sentido também caminha a jurisprudência desse CONSEF, conforme se infere dos excertos julgados transcreve.

Quanto à imposição de multa de 100% sobre o valor das infrações, diz ser evidente que representa, *per se*, mais que uma excrescência jurídica, um acinte aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro.

Lembra ser cediço que a CF/88 vedou a utilização de tributo com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), impondo aos entes tributantes a impossibilidade de invasão ilícita no patrimônio do contribuinte, absorvendo-o pela carga tributária a ponto de comprometê-lo injustamente ou até mesmo de privar-lhe o gozo de determinados direitos.

Observa que o efeito confiscatório na presente hipótese se configura à clareza solar, eis que o ente Fazendário, sob o pretexto de impor uma penalidade pecuniária pelo suposto não-recolhimento do tributo pretendido, aplicou multas que representa, muito superior ao valor dos tributos cobrados.

Afirma não ser razoável a constituição de crédito tributário que represente verdadeiro óbice à consecução da operação erigida à condição de fato gerador, sendo certo que desborda do razoável qualquer imputação que gere substancial repercussão patrimonial ao contribuinte.

Menciona ser evidente que o Ente Tributante ultrapassou todos os limites da proporcionalidade, instituindo excessos impositivos de manifestas restrições a direito, sem que haja a correspondente medida de equivalência entre o meio adotado e o objetivo a ser alcançado.

Revela que o legislado estadual é a criação de draconiana sanção calculada em elevado percentual sobre o tributo, tão-somente, em razão do seu mero não-recolhimento, prescindindo o intérprete de qualquer graduação ou individualização da punição, com base nos motivos que tenham comprovadamente ensejado reclamado pagamento a menor.

Observa que a multa pelo não recolhimento de tributo, para além do mero ressarcimento ao erário, se reveste de condão pedagógico e mesmo preventivo, voltados a coibir a prática de ilicitudes de que se possa valer o contribuinte. Continua frisando ser evidente, porém, que o ânimo arrecadatório e mesmo repressivo do Fisco há que esbarrar nas limitações advindas da norma constitucional soberana, de que se infere, inclusive, o festejado princípio da Proporcionalidade.

Frisa que a sanção imposta pela lei estadual vem coibir, não a prática de ato criminoso, fraudulento, ardiloso ou doloso, mas, pura e, tão-somente, o não recolhimento.

Registra ser certo que os limites que se impõem ao poder de tributar outorgado aos Entes federativos pela Magna Carta, também por ela se limita, sob pena de desbordar a sanção do ilícito em ilicitude estatal. É mais certo ainda que a multa cominada ao não recolhimento do imposto, pela natureza que lhe subjaz, não lhe pode superar em quantificação, por nítida questão de razoabilidade.

Lembra que, desde há muito, o Supremo Tribunal Federal, em precedente jamais superado, consignou que a multa sancionatória, enquanto obrigação tributária, é acessória e, nessa condição, não pode, em nenhuma hipótese ultrapassar o valor do principal, sobre que incide. Assevera que qualquer sanção, portanto, que extrapole o montante objeto da obrigação tributária há de ser forçosamente considerada nula, porquanto fora do razoável.

Reitera seu entendimento de que as vergastadas são confiscatórias, uma vez que, nega ao contribuinte qualquer vínculo proporcional entre a gravidade do fato que busca sancionar, no caso, o mero suposto equívoco no recolhimento de tributo de complexa apuração e fiscalização.

Destaca que a punição é manifestamente confiscatória, desproporcional, abusiva do direito de tributar e sancionar, quedando-se lesiva do direito à propriedade e à livre iniciativa, à franca revelia da razoabilidade que deflui da CF/88.

Revela que o princípio do não-confisco é justamente a referência de que se deve valer o hermeneuta, a fim de avaliar abusos, impedindo por meio do controle judicial, quando oportuno, que o Estado se utilize de mecanismos tributários ilícitos como pretexto de incursões desastrosas e perversas no patrimônio do contribuinte.

Traz a colação sobre o tema para corroborar seu pleito o entendimento da doutrina pátria da lavra dos juristas, Ricardo Corrêa Dalla, Heleno Taveira Torres e Júlio Cesar Krepsky.

Apresenta precedentes jurisprudenciais de julgados de Tribunais superiores para lastrear sua tese de confiscatoriedade da multa aplicada no Auto de Infração.

Frisa que em face dos argumentos postos, tem-se por urgente a necessidade de revisão da absurda sanção confiscatória imposta pela legislação estadual, havendo que se expungir do débito exequendo o montante exigido pelas multas, sob pena de afronta direta e literal à CF/88.

Pondera que, caso não repute cabível a anulação pura e simples da sanção aplicada, deve esse órgão proceder ao redimensionamento de seu aspecto quantitativo, volvendo-a a parâmetro consentâneo com os princípios supra invocados, com especial destaque à proporcionalidade, o que, levando-se em conta que não lhe fora atribuída mais do que a ausência de recolhimento de um tributo cuja apuração deriva de operação deveras complexa e multifacetada, sendo certo que nem se cogita de sonegação ou deliberado cumprimento da norma tributária, o valor da multa eventualmente incidente jamais poderá extrapolar a monta de 100%.

Protesta pela juntada posterior de documentos, bem como pela realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

Requer que as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em nome de seus advogados, Dr. Nicolai Trindade Mascarenhas - OAB/BA 22.386, sob pena de nulidade processual.

Requer o reconhecimento da Decadência da exigência referente ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012, por entender estarem extintas, consoante o teor do inciso VII, do art. 156, do CTN, visto que o direito à sua constituição decaiu, nos termos do §4º, do art. 150, do CTN.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 84 a 86, na qual, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, articula os argumentos seguintes.

Registra que o Autuado alega em sua defesa o instituto da decadência com base no arts. 150, §4º, e 156, inciso VII do Código Tributário Nacional - CTN, haja vista que os lançamentos versam sobre fatos que ocorreram a mais de 05 anos, mencionando que a intimação ocorreu em 30/06/2017, e foram incluídos indevidamente os lançamentos relativos ao período de 01/01/2012 a 29/06/2012.

Em relação à decadência do direito de constituição do crédito fiscal dos valores apontados pelo Autuado no presente Auto de Infração, ressalta que os lançamentos foram procedidos em conformidade com o art. 965, inciso I do RICMS-BA/97, e legislação superveniente.

Por isso afirma que, com base no dispositivo supra citado não se pode acatar o instituto da decadência solicitada pela defendente. Assim sendo, assevera a não procedência da alegação do Autuado, razão pela qual mantém integralmente os lançamentos ilididos.

Frisa que o Autuado cita ainda que a Constituição não admite tributação que resulta em confisco, conforme previsão de seu art. 150, inciso IV, e que a multa aplicada configura uma ação confiscatória, pedindo o cancelamento das multas aplicadas.

Ressalta que toda a atividade administrativa de lançamento que ensejou a lavratura deste Auto de Infração foi pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária, realizando-se um ato vinculado à Lei, em sentido lato, compreendendo a Lei 7.014/96, que institui o ICMS neste Estado

e o RICMS-BA/12, visando, tão-somente, a defender os interesses do Estado e, por conseguinte, dos cidadãos.

Sustenta que em momento algum foram olvidados os princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade com que deve estar sintonizada a atuação da fiscalização, conforme se evidencia de forma inequívoca do contexto desta informação fiscal. Assinala que as questões de inconstitucionalidade estão dirigidas a autoridades não competentes para reconhecê-las, ficando a critério deste Conselho, representar ao Secretário da Fazenda nos termos do art. 167, inciso I, e “caput”, do art. 168, do Dec. 7.629/99, caso as acolha.

Registra que o Impugnante afirma que as operações não se concretizaram, conforme documentos fiscais juntados, e pede a improcedência da autuação. No entanto, frisa que o Defendente não anexa quaisquer provas de suas alegações. Afirma que todo o levantamento realizado pelo fisco foi com base nas informações do sistema de emissão de Notas Fiscais eletrônicas e informações econômico-fiscais, conforme arquivos e relatórios já acostados ao presente PAF.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF, decidiu converter os autos em diligência, fl. 89, para que o Autuante intimasse Impugnante a apresentar a comprovação inequívoca de suas alegações defensivas de que as operações arroladas no levantamento fiscal não foram concretizadas.

Como não foi atendida a solicitação anterior foi determinada uma nova diligência, fl.101, para que Auditor Estranho ao Feito designado procedesse à intimação ao Impugnante.

Expedida a intimação, foi devidamente entregue ao Autuado a documentação solicitada na diligência, conforme se verifica às fls. 107 e 108, entretanto, o defendente não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo Impugnante, que aduziu em suas razões de defesa que os débitos lançados no período de janeiro a maio de 2012 foram tragados pela decadência, com fundamento no §4º, do art. 150 do CTN.

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 30/06/2017, fl. 01, e o sujeito passivo tomou ciência de sua lavratura através de intimação por via postal em 18/07/2017, fl. 39. Em se tratando de acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, irregularidade cometida pelo Autuado, sem que tenha declarado essas operações tributáveis, nem apurado o montante do imposto devido, inexistente, portanto, qualquer pagamento a ser homologado das operações objeto da autuação.

Observo, que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que *“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 monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*.

Assim, nos casos em que se apure débito não declarado e não pago (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda nos casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, aplica-se as disposições do art. 173, inciso I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância desse CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Nos termos expendidos, entendo não assistir razão ao Impugnante quanto à fruição do prazo

decadencial, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no que diz respeito às operações cujas ocorrências se deram no período de janeiro a maio de 2012, haja vista que decorreram da apuração, mediante levantamento fiscal, irregularidades não declaradas pelo Impugnante.

Logo, afigura-se aplicável como marco inicial para a contagem do quinquênio decadencial o estatuído nas disposições do inciso I, do art. 173 do CTN. Ou seja, a fruição do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado.

Aliás, esse tem sido o entendimento assente manifestado reiteradamente nas decisões prolatadas pela 2ª Instância desse CONSEF, ao enfrentar as questões relacionadas ao tema Decadência.

Assim, os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a maio de 2012, realizados na presente autuação, não foram tragados pela decadência e ficam mantidos, uma vez que o marco final do quinquênio decadencial somente ocorreria em 31/12/2017.

Ao compulsar os autos, verifico, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39 do RPAF-BA/99, e o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, entendo não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precipuamente os elencados no art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2012 a janeiro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 09 a 31.

Em sede de defesa, o Impugnante, em relação ao mérito da autuação, apresentou o entendimento de que “não assiste razão à Fiscalização, ao imputar à ora Impugnante, o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos juntados, devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.”

Sucedendo-se entretanto, que o Impugnante, apesar de afirmar não terem sido concretizadas as operações arroladas no levantamento fiscal e asseverar ter juntado a comprovação aos autos, assim não procedera.

Diligência determinada por essa 3ª JF, para que o Defendente comprovasse de forma inequívoca a assertiva de que as operações não se concretizaram, não logrou êxito, uma vez que, mesmo devidamente intimado para esse fim, fls. 107 e 108, não se manifestou no prazo regulamentar.

Ao compulsar as peças que integram o contraditório em torno da acusação fiscal, constato que a exigência fiscal afigura-se devidamente fundamentada e alicerçada em demonstrativos que discriminam individualizadamente a origem dos valores exigidos, indicando claramente que os elementos coligidos, tiveram como fonte o sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas e as informações econômico-fiscais prestadas pelo próprio Autuado. Frise-se ainda, que cópias dos demonstrativos de apuração e de débito foram entregues ao Defendente, fl. 32.

Quanto à alegação da Defesa de que a fiscalização pretende exigir o pagamento de multas capituladas nos incisos IX e XI, do art. 42 da Lei 7.014/96, consigno que se equivoca o impugnante, haja vista que os incisos citados, além de não figurarem nos autos, referem-se a descumprimento de obrigação acessória por falta de escrituração de notas fiscais de operações de entrada.

Resta patente nos autos, que no presente caso, o que ocorreria foi a falta de escrituração de notas fiscais, tanto de operações de entradas, como de saídas, resultando na apuração através de levantamento fiscal da falta de recolhimento do imposto devido. Portanto, devidamente

configurado o descumprimento de obrigação principal preconizada no inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Em suma, emerge indubitavelmente do contraditório instalado nos autos, que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido falta de recolhimento do ICMS, referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, não trouxe ao PAF qualquer elemento capaz de elidir a imputação consubstanciada no Auto de Infração, consoante demonstrativos acostados às fls. 10 a 31, cujas cópias foram devidamente entregues ao Autuado, fl. 32.

O Impugnante também alegou que a multa aplicada é desproporcional e tem caráter confiscatório, solicitando seu cancelamento ou redução. Saliento que a multa aplicada no Auto de Infração em decorrência de descumprimento de obrigação principal, não é ilegal, eis que, ao contrário, encontra-se expressamente preconizada na alínea “g”, do item III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e constante do enquadramento legal do Auto de Infração. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, conforme art. 158 e 159 do RPAF-BA/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda, de acordo com o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

No tocante à solicitação do Impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam feitas, exclusivamente, em nome de seu advogado, Dr. Nicolai Trindade Mascarenhas - OAB/BA 22.386, com endereço à Avenida da França, 163, Edifício Futurus, salas 402/404, Comércio, Salvador - CEP 40.000-00, sob pena de nulidade processual. Assinalo que não há impedimento para que tal providência seja tomada, porém, observo que, de acordo com o inciso III, do art. 26 do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108/109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0011/17-5**, lavrado contra **PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$590.260,91**, acrescido da multa de 100%, prevista nos incisos III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA