

PROCESSO	- A. I. N.º 207160.0007/16-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS	- SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0002-02/20
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/02/2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0373-11/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS: Infração 1. Descabe crédito presumido sobre operações de aquisição com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, conforme itens destacados nas notas fiscais. Razões do contribuinte incapazes à reforma da Decisão. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração 2. Imputação elidida em parte, devido à fruição do prazo decadencial. Mantida a Decisão recorrida. 3. VALORES RECOLHIDOS A MENOS DOS LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração 3. Exclusão dos valores com fruição do prazo decadencial. Restabelecido o valor de ICMS exigido relativo à competência de novembro/12, por não ter decaído o direito de constituir o crédito tributário, quando da ciência do Auto de Infração. Recurso Ofício provido em parte. Razões recursais do contribuinte acolhida para excluir exigência relativa à competência dezembro/2012, corretamente recolhida. Modificada a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS NO LIVRO PRÓPRIO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Infração 4. Exação fundamentada em operações de vendas e sem correspondência com a irregularidade indicada nos autos. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. 5. VENDAS POR MEIO DE CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO, SEM NOTA FISCAL. Infração 5. Exação reduzida em função da decadência. Mantida a Decisão recorrida. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração 6. Infração reduzida em razão da decadência. Mantida a Decisão recorrida. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração 7. Item elidido, em parte, pela decadência. Mantida a Decisão recorrida. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) NÃO RECOLHIDO. Exação 8; b) RECOLHIDO A MENOS. Infração 9. Itens elididos, em parte, pela decadência. Inexistência requisito para aplicação de multa. Razões recursais, incapazes à reforma da Decisão recorrida. 9. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) LIVROS FISCAIS. a.1) EXTRAVIO. Infração 10; a.2) NÃO ESCRITURADO. Infração 11. Tratando-se de penalidades por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer ou de não fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação, se aplica o art. 173 do CTN. Quando da

ciência do Auto de Infração, não havia ocorrido a decadência do direito de constituir o crédito tributário. Mantida a Decisão; **b)** INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS (DMA). **b.1)** DECLARAÇÕES INCORRETAS. Infração 12; **b.2)** ENTREGA FORA DO PRAZO. Infração 13. Inexistência de decadência, em razão do art. 173 do CTN. Aplicação de multa por período mensal. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida; **c)** FALTA DE INFORMAÇÃO DO PROGRAMA APLICATIVO USADO NO EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. Infração 14. Idem, item anterior; **d)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **d.1)** FALTA DE FORNECIMENTO COM INFORMAÇÕES SOBRE OPERAÇÕES. EXIGIDOS MEDIANTE INTIMAÇÃO. Infração 15; **d.2)** FORNECIDO FORA DO PRAZO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Infração 16. Independentemente da entrega mensal prevista, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no art. 261 do RICMS/12, vigente à época da ação fiscal, cujas penalidades são previstas cumulativamente (art. 42, XIII-A, “j”, Lei nº 7.014/96). Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. De ofício, corrigida data de vencimento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Modificada a Decisão recorrida. Decisão por maioria, quanto às infrações 5 (RO) e 10 a 16 (RV).

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0002-02/20, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$1.106.173,83, em razão da constatação de dezenas de irregularidades, nos exercícios de 2011 e 2012, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2 a 9 e do Recurso Voluntário as exações: 1, 3 e 9 a 16, a seguir descritas:

*Infração 01 (RV) – Utilização de crédito fiscal presumido em valor superior ao estabelecido na legislação, no total de R\$34.904,65, inerente aos meses de setembro a novembro de 2012, por incluir operações sujeitas ao regime da substituição tributária, em desacordo com o previsto no art. 269, inciso X, “c”, do RICMS/12.*

*Infração 02 (RO) – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$251.268,25, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.*

*Infração 03 (RO/RV) – Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$79.963,46, em decorrência de desencontros entre os valores recolhidos e os escriturados no livro RAICMS – Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março e outubro de 2011, novembro e dezembro de 2012.*

*Infração 04 (RO) – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$398.218,87, apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas nos meses de janeiro/2011 a outubro/2012.*

*Infração 05 (RO) – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$156.926,68, apurada por meio de vendas com uso de cartões, em valores inferiores aos informados pelas administradoras, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.*

*Infração 06 (RO) – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação de R\$213,69, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação nos meses de julho de 2011, fevereiro e agosto de 2012.*

*Infração 07 (RO) – Recolheu a menor ICMS por antecipação de R\$2.150,09, na qualidade de sujeito passivo*

*por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de março, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 2011, março, junho, outubro, novembro e dezembro de 2012.*

*Infração 08 (RO) – Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial de R\$3.231,66, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, nos meses de setembro de 2011 e agosto de 2012.*

*Infração 09 (RO/RV) – Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$17.462,39, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a julho, outubro a dezembro de 2011, fevereiro a julho, outubro a dezembro de 2012.*

*Infração 10 (RV) – Multa, no valor de R\$920,00, pelo extravio de livros fiscais, inerente a dezembro de 2012.*

*Infração 11 (RV) – Multa, no total de R\$1.380,00, pela falta de escrituração de livros fiscais nos meses de janeiro, dezembro de 2011 e dezembro de 2012.*

*Infração 12 (RV) – Multa, no valor total de R\$ 3.360,00, por apresentar declaração incorreta de informações econômico-fiscais, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.*

*Infração 13 (RV) – Multa, no total de R\$5.060,00, por apresentar DMA fora do prazo regulamentar, nos meses de abril, agosto e setembro/2011, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro e outubro de 2012.*

*Infração 14 (RV) – Multa, no total de R\$ 16.560,00, pela falta de informação à Secretaria da Fazenda do programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico dos equipamentos de controle fiscal, aplicada por equipamento, nos meses de agosto e dezembro de 2011, agosto e dezembro de 2012.*

*Infração 15 (RV) – Multa, no total de R\$101.434,09, pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações sobre operações e prestações realizadas nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012.*

*Infração 16 (RV) – Multa, no valor total de R\$ 33.120,00, por fornecer arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via Internet por meio do programa validador do SINTEGRA, inerentes aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$538.461,74, após rejeitar as preliminares de nulidades e, no mérito, tecer as seguintes considerações:

## **VOTO**

[...]

*Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados.*

*Tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigações principais, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória, já que o dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento.*

*Nas hipóteses, por exemplo, das infrações 10 a 16, em que as obrigações são acessórias, não há o que homologar. Os lançamentos ocorrem de ofício.*

*Como a notificação da lavratura ocorreu no dia 27/12/2016, seis dias após a própria lavratura (21/12/2016), restam alcançadas pelo fenômeno decadencial – apenas nas infrações 01 a 09 -, as ocorrências relativas ao período de janeiro a novembro de 2011.*

*Parcialmente acolhida a prejudicial de decadência.*

*O pagamento constitui forma de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN.*

[...]

*Em obediência aos dispositivos legal e regulamentares acima transcritos, as infrações cujas parcelas foram recolhidas pelo defendant, nos períodos respectivos, bem como aquelas cujas razões de impugnação se esgotaram na preliminar ou na prejudicial de decadência, não terão o mérito enfrentado neste julgamento (itens 01, 02, 05, 06, 07, 08 e 10).*

*Na infração 01, não há períodos alcançados pela caducidade, razão por que resta caracterizada.*

*Infração 02 e 05 a 08 parcialmente elididas, respectivamente, para R\$223.612,95, R\$71.250,51, R\$128,43, R\$371,37 e R\$2.689,44, em virtude da fruição do prazo de decadência.*

*Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência à repartição fiscal de origem, ASTEC ou PGE/PROFIS, uma vez que todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos.*

*No mérito da infração 03 (recolhimento a menor, em decorrência de desencontros entre os valores pagos e os escriturados no livro RAICMS – Registro de Apuração do ICMS), o auditor reconheceu o cometimento de equívoco na apuração, na medida em que, quando da fiscalização, tomou por base mera cópia do livro RAICMS fornecida pelo contribuinte.*

*Com efeito, às fls. 602 a 604, restou comprovado o pagamento regular do saldo devedor de R\$20.145,52, referente a dezembro de 2012.*

*À fl. 573, o defensor afirmou, com razão, que, deduzidos os valores alcançados pela decadência, somente remanesceria a ocorrência de dezembro de 2012. Olvidou-se do período de novembro do referido ano e não trouxe o comprovante da apuração e do pagamento, pelo que o valor respectivo será mantido (aplicação do art. 140 do RPAF/99).*

*Infração 03 parcialmente elidida, para R\$34.731,30.*

*O autuante também admitiu ter cometido erro ao selecionar o código da infração 04 (omissão de saídas tributáveis, apurada por meio de entradas não registradas; demonstrativos de fls. 73 a 123), que, a seu ver, deveria ser o de nº 05.05.03 – “omissão de mercadorias ou serviços, decorrente do não lançamento do documento fiscal no livro próprio”.*

*De fato, os documentos colacionados às fls. 73 a 123 são referentes a vendas, e não a entradas.*

*Infração 04 improcedente.*

*Relativamente à infração 09 (recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda), o defensor sustentou que o imposto somente poderia ter sido cobrado se restasse demonstrada a falta de pagamento nas saídas respectivas.*

*No seu entendimento, não existindo acusação de falta de tributação posterior, aplica-se somente a multa de 60%, argumento que poderia se aplicar de igual maneira à oitava imputação (não houve referência expressa ao item 08 quanto a esta linha de defesa), mas que, de todo modo, não acolho em nenhum dos casos (infrações 08/09).*

*É preciso que seja considerado o contexto em que as irregularidades foram constatadas.*

*Trata-se de um estabelecimento, em regra, destinado à compra e venda de mercadorias e ao preparo de refeições, em relação ao qual foram verificadas diversas omissões de saída, a exemplo daquelas de fls. 73 a 123, assim como sete infrações por descumprimento de obrigações acessórias (infrações 10 a 16).*

*Não incumbe ao agente fiscalizador, tendo observado omissão do pagamento do imposto por antecipação parcial - para a finalidade de exigir o tributo acrescido da multa de 60%, e não apenas a multa -, comprovar que as respectivas entradas foram objeto de saídas não tributadas.*

*Cabe sim ao acusado notar o que dispõe o art. 373, II do CPC (Código de Processo Civil) e demonstrar nos autos a eventual existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito indicado pelo Estado:*

*Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

*A aplicação isolada da multa somente se legitima em circunstâncias específicas, inexistentes na presente lide, por meio das quais se pode assegurar, sem margens para dúvidas, que as saídas referentes às entradas cujo ICMS antecipação parcial não foi recolhido ocorreram com tributação.*

*Infração 09 parcialmente elidida, para R\$8.938,94, em virtude do acolhimento da prejudicial de decadência.*

*Os precedentes apresentados pelo autuado, em suas manifestações nos autos, não possuem relação com as infrações a serem julgadas a seguir.*

*A infração 10 não foi impugnada no mérito, pelo que fica mantida.*

*A décima primeira imputação (multa por falta de escrituração de livros fiscais) tem arrimo no art. 42, XV, “d” da Lei 7.014/96, cuja redação prevê a exigência de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais) por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal.*

*Veja-se que o texto refere-se à falta ou atraso. Ou seja, se em relação a um determinado período de apuração o contribuinte efetivar a escrituração atrasada, embora o tenha feito a tempo nos períodos passados, estará*

*sujeito à penalidade. E assim estará em todos os períodos nos quais ocorrer falta ou atraso.*

*Infração 11 caracterizada.*

*Já as infrações 12/13 dizem respeito à prestação de informações incorretas ou à entrega de DMA fora do prazo regulamentar, que é documento mensal, devendo ser de igual natureza a cobrança (mensal).*

*Infrações 12/13 caracterizadas.*

*O demonstrativo da 14ª imputação (penalidade por falta de informação à Secretaria da Fazenda do programa aplicativo usado para o envio de comandos do software básico dos equipamentos de controle fiscal) foi juntado à fl. 395-A, no qual é possível notar que a multa foi aplicada por equipamento.*

*Infração 14 caracterizada.*

*Cuida a infração 15 da falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações sobre operações e prestações.*

*O defensor alegou não ter conhecimento da intimação referente à infração 15, mas elas estão às fls. 27 a 40, assinadas por pessoa pertencente ao setor identificado como “Contabilidade”, acompanhadas dos demonstrativos das divergências.*

*Nos termos do art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96, é legítima a exigência da multa de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação (infração 16), devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo (infração 15).*

*Infrações 15/16 caracterizadas.*

*[...]*

*Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$538.461,74, com a homologação dos valores recolhidos.*

<b>INFRAÇÃO</b>	<b>VALOR AUTUADO (R\$)</b>	<b>JULGAMENTO</b>	<b>VALOR JULGADO (R\$)</b>
1	34.904,65	PROCEDENTE	34.904,65
2	251.268,25	PROC. PARTE	223.612,95
3	79.963,46	PROC. PARTE	34.731,36
4	398.218,87	IMPROCEDENTE	-
5	156.926,68	PROC. PARTE	71.250,51
6	213,69	PROC. PARTE	128,43
7	2.150,09	PROC. PARTE	R\$371,37
8	3.231,66	PROC. PARTE	2.689,44
9	17.462,39	PROC. PARTE	8.938,94
10	920,00	PROCEDENTE	920,00
11	1.380,00	PROCEDENTE	1.380,00
12	3.360,00	PROCEDENTE	3.360,00
13	5.060,00	PROCEDENTE	5.060,00
14	16.560,00	PROCEDENTE	16.560,00
15	101.434,09	PROCEDENTE	101.434,09
16	33.120,00	PROCEDENTE	33.120,00
<b>TOTAL</b>	<b>1.106.173,83</b>		<b>538.461,74</b>

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de R\$538.461,74, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

Às fls. 711 a 729 dos autos, consta parcelamento dos valores reconhecidos pelo sujeito passivo.

No Recurso Voluntário, de fls. 738 a 744 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Incialmente, renova o pleito de que todas as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, conforme poderes especificados na procuraçao anexa ao PAF.

Ratifica a preliminar de nulidade levantada (itens 3 e 4 da defesa), eis que as razões ali apontadas não foram combatidas de forma eficaz, nem pelo autuante e nem pela JJF, sendo claro o prejuízo causado à defesa, pois alguns fatos foram modificados, desaguando, inclusive, na ausência de relação entre as acusações e os anexos apresentados. Assim, deve ser o lançamento declarado

NULO, a fim de que nova e regular ação fiscal seja instaurada, a salvo dos vícios que contaminam o presente procedimento.

Reitera também o pedido de decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, inclusive sobre posto que a autuada somente foi intimada da autuação dia 27/12/16, inclusive em relação às infrações 10 a 16 (negada pela JJF), eis que decorridos mais de 5 anos das supostas ocorrências, já que o acessório segue o principal, sendo evidente que deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, como inclusive já o fez o CONSEF, do que transcreve ementas dos Acórdãos JJF nº 0089-02/17 e CJF nº 0205-12/17, solicitando tratamento isonômico e, em consequência, que todas as parcelas cujos possíveis fatos tenham ocorrido até 26/12/11, sejam excluídas, inclusive em relação às multas por descumprimento de obrigações acessórias.

No mérito, propriamente dito, com relação à infração 1, o recorrente aduz que a JJF disse apenas: “Na infração 01, não há períodos alcançados pela caducidade, razão por que esta resta caracterizada”.

Registra o apelante que o autuante manteve a exigência, sem, contudo, rebater a alegação defensiva de que no Anexo 1, único ofertado com o Auto de Infração, consta apenas a observação de que a “diferença” seria entre a memória de cálculo apresentada pela autuada e seu RAICMS.

Assim, no entender do recorrente, não foi suprida a ausência de demonstração das mercadorias que, estando sujeita “ao regime de substituição”, impediriam o crédito, uma vez que a ocorrência não foi claramente caracterizada e demonstrada, o que implica na nulidade da acusação. Ao mesmo tempo, aduz que o art. 269 do RICMS/12 concedia autorização para a utilização, nas situações ora em análise, do crédito presumido de 12%, não se justificando as diferenças exigidas.

Quanto ao item 3, o recorrente alega que a JJF, contrariou a instrução do PAF e manteve a parcela de R\$34.731,30, uma vez que o autuante, às fls. 656 dos autos, acatou a defesa, ao expressar que:

*“houve realmente um equívoco por parte do autuante, tendo em vista que o mesmo se baseou para apurar este infração, na cópia do Livro RAICMS apresentada preliminarmente pela autuada, que se faz constar na presente Informação Fiscal sob título de Anexo. No entanto, em ocasião posterior fora apresentada nova versão do referido livro devidamente ajustado em consonância com a DMA.”*

Segundo o apelante, se o autuante acatou a alegação defensiva de que o saldo devedor de dezembro/12 foi de R\$20.145,52 (e não R\$34.731,30), não existindo desencontro entre os valores lançado e recolhido (entre RAICMS e DMA), conforme apurado entre o RAICMS, que foi apresentado ao autuante e que o mesmo diz constar na sua informação como “Anexo”, devidamente compatível com a DMA. Assim, ressalta que, à fl. 656, não é apresentado qualquer valor residual, devendo a decisão ser reformada e esta parcela julgada improcedente.

Relativamente à infração 9, o recorrente defendente que, afastados os valores de 2011 (decadência), deve ser considerada a ausência de repercussão financeira negativa contra o Erário, aplicando-se apenas a multa de 60%, conforme §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois comercializadas com a devida incidência, não existindo no PAF qualquer indício (sequer acusação) de que não foram as mesmas tributadas nas saídas.

Destaca que, ao contribuinte é reservada a presunção legal de que, inexistindo prova em contrário, e no caso presente não existe, se aplica apenas a sanção de caráter formal de 60%, até mesmo porque não deduziu o valor, pago a menor, como antecipação parcial, quando dos fechamentos mensais.

Assim, entende que não houve, como alegado, repercussão financeira contra o Estado, o que, por si só, já justificaria a aplicação apenas da multa, pois, se o contribuinte não abateu, como teria direito, os valores recolhidos a menor e não existe no PAF qualquer indício de vendas sem tributação, a manutenção desta parte da autuação é ilegal e provoca “*bis in idem*”.

Nas infrações 10 e 11, a alegação recursal é de que devem sofrer os ajustes do efeito da decadência de 2011, de forma alinhada com os precedentes acima citados e que o mesmo se aplica, parcialmente, às exações 12, 13 e 14, visto que, retiradas as parcelas atingidas pela

decadência, ao contrário da interpretação da JJF, somente poderia ser aplicada uma multa, em cada infração, de R\$140,00 e R\$460,00, para o exercício de 2012, na medida em que a Lei nº 7.014/96 não prevê expressamente que a sanção, dentro de uma mesma ação fiscal, deve ser “por mês”. Diz que, no caso, devem prevalecer as diretrizes do art. 112, incisos I a IV, do CTN, que conduzem à interpretação “favorável ao acusado”, considerada a “unicidade da ação fiscal”, eis que a lei não autoriza a apenação “por evento”, não podendo o julgador exacerbar os limites legais que lhe são fixados, do que cita Acórdão CJF nº 0119-12/09 e pede que a multa seja reduzida em 90%.

Por fim, quanto aos itens 15 e 16, diz que a JJF não abordou as alegações da manifestação protocolada em 27/03/19, rebatendo a Informação Fiscal, pois, ao contrário do autuante, entende que são sim interligados e encontram-se igualmente viciados. Salienta que o item 15 cobra multas mensais, não permitidas em lei, pela falta de apresentação de arquivos magnéticos. Já o item 16, nos mesmos períodos, cobra multas pela apresentação fora dos prazos. Ambas as ocorrências foram enquadradas no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96. Assim, se os arquivos foram transmitidos, não restou caracterizada a “falta de entrega”, elemento essencial para gerar a possibilidade de aplicação da pena de 1%, pela insistência da omissão, mesmo contra intimação subsequente.

Registra que no item 16 foi consignado que os arquivos foram “enviados via internet através do programa Validador/Sintegra” e que a lei pune com multa de R\$1.380,00 aquele que não faz a entrega nos prazos e se recusa a fazê-lo mesmo depois de intimado para tal. Se o contribuinte já fez a entrega via transmissão, não existe espaço legal para a cobrança, ora contestada. A transmissão, antes da ação fiscal, inclusive caracteriza a espontaneidade, excluindo a punibilidade. A única hipótese de manutenção das penas seria a entrega com inconsistências (entrega sem o nível de detalhamento exigido), com recusa, depois da intimação subsequente, das devidas retificações (o que não consta da acusação).

Diz que, tendo sido os arquivos transmitidos (entregues), mais uma vez, evoca o disposto no art. 112, incisos I a IV, do CTN, eis que, no caso em tela, clara a insegurança na caracterização da infração, sendo os itens nulos. No máximo, diante dos aspectos legais invocados, caberia a multa do art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, ou, no item 16, apenas uma sanção.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos/documentos, revisão para que seja alcançada a verdade material, ouvida a PGE/PROFIS sobre os aspectos legais abordados e, ao final, pede pelo provimento do Recurso Voluntário, para reconhecimento da decadência, em relação às obrigações acessórias, sobre os fatos que teriam ocorrido até 26/12/2011, pela a NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA dos itens ora recorridos, ou ainda, com relação aos itens pertinentes às obrigações acessórias mantidas, pela redução das penas, em 90%.

Às fls. 749 dos autos, os membros desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram encaminhar o PAF à PGE/PROFIS para solicitar a emissão de parecer jurídico, quanto à matéria e às razões recursais apresentadas, especialmente sobre as questões postas sobre o alcance da decadência do direito de constituir o crédito tributário, como também sobre a dosimetria ou gradação da pena aplicável às exações 12, 13 e 14 do lançamento de ofício.

Às fls. 751 a 758 dos autos, consta Parecer PROFIS-NCA, da lavra do Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, no qual, em relação ao prazo decadencial aplicável ao descumprimento de obrigação acessórias, consigna seguir a jurisprudência sobre o tema que fixa o prazo de decadência nos lindes normativos do art. 173, I, do CTN, não se aplicando o art. 150 do CTN, pois, se tratando de obrigação acessória, cuja constituição se sujeita ao lançamento de ofício previsto no art. 149 do CTN, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, conforme jurisprudência que colaciona sobre o tema, a exemplo do STJ – Resp: 1528524 PE 2015/0080662-2, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, data de julgamento: 18/08/2015, T2 – Segunda Turma, data de publicação: DJe 28/08/2015.

Assim, sendo, segundo o Parecer da PGE/PROFIS, não há como se emprestar guarida a tese do recorrente sobre a decadência.

No que toca a dosimetria da pena, o entendimento é, na esteira do opinativo proferido no PAF nº 146468.3004/16-3, no sentido de que se impõe a aplicação da penalidade em face de cada exercício fiscal, tendo em vista a evidente continuidade delitiva da infração, cujo posicionamento é de que:

*“A multa não pode ser gerada para um único exercício, uma vez que o descumprimento da obrigação acessória de escriturar, tem inequívocos reflexos na escrituração do exercício vindouro, existindo claramente uma continuidade delitiva.”*

[...]

*“Por óbvio, não se pode punir de igual forma alguém que comete uma infração, doutro que comete várias infrações nas mesmas circunstâncias, garantindo-se, assim sendo, a aplicação proporcional da pena.”*

Assim, face ao exposto, o Parecer da PGE/PROFIS é de que não merece sufrágio o apelo do contribuinte.

Às fls. 760 a 762 dos autos, o patrono do recorrente atravessa petição requerendo a juntada da “RELAÇÃO DAEs – ANO 2013”, expedido pela SEFAZ, comprovando que o real saldo devedor de dezembro de 2012, de R\$ 20.145,52, foi recolhido em janeiro de 2013, como alegado na instrução do PAF e reconhecido pelo autuante (Infração 03), do que concluiu sua petição nos seguintes termos: “Assim, nunca existiu o saldo devedor apontado pela JJF (R\$ 34.731,30), sendo a importância devida regularmente recolhida.”.

À fl. 764 dos autos, encontra-se despacho da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos, acolhendo o pronunciamento da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 2, 3 e 5 a 9, assim como desonerado integralmente o contribuinte do débito relativo à infração 4 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> instância em relação às infrações 1, 3 e 9 a 16 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

De início, recomenda-se atender ao pleito para que todas as intimações e notificações, relativas ao feito, sejam encaminhadas ao profissional regularmente constituído, Dr. Fernando Marques Villa Flor, conforme procuração à fl. 581 dos autos.

Da análise da preliminar de nulidade levantada nos itens 3 e 4 da defesa, tidas como ratificada nas razões recursais, há de registrar que, conforme consta às fls. 565 dos autos, naquela oportunidade, foi arguida a nulidade do lançamento, em razão de:

*03. Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, por insegurança na apuração e determinação das infrações e consequentemente cerceamento do direito de defesa, com ofensa ao art. 18, inciso II e “IV”, “a”, do RPAF, em consonâncias com as motivações que seguem. Com efeito, a ação fiscal foi conduzida de maneira imprópria, pois, em primeiro lugar, foi inicialmente lavrado o Auto de Infração nº 207160.0005/16-0, que inclusive contou com “visto saneador” e da “Autoridade Fazendária” (cópia anexa). Posteriormente, foi lavrado o AI ora impugnado, com variações das ocorrências apontadas, sem justificativas regulares para o ato.*

*04. O procedimento, além de injustificado, acarretou prejuízos para a defesa, pois, como veremos adiante, alguns fatos foram modificados, desaguando inclusive na ausência de relação entre a acusação e os anexos apresentados. Assim, deve ser o lançamento declarado NULO, a fim de que nova e regular ação fiscal seja instaurada, a salvo dos vícios que contaminam o presente procedimento.*

Por sua vez, quanto da informação fiscal, às fls. 654 dos autos, o autuante assim se pronunciou:

*A preliminar de nulidade arguida pela autuada não poderá prosperar, tendo em vista o seguinte:*

- a) *Todas as intimações foram assinadas por prepostos da empresa, assim sendo pode o fisco afirmar de forma incontestável que a mesma detém em seu poder as respectivas vias de tais documentos, que foram entregues por ocasião do ato intimatório;*
- b) *Quanto ao Auto de Infração mencionado pela autuada, trata-se de mera substituição, tendo em vista que o teor não fora alterado, apenas a sua numeração, pois o número consignado já havia sido utilizado em uma*

*autuação alheia a esta. Sendo que o documento entregue anteriormente ao autuado tornou-se sem efeito. Destarte o pleito desta preliminar é totalmente descabido.*

c) *Como dito anteriormente os termos do auto de infração não foram alterados, pois seu número do fora substituído, e na ocasião da ciência do documento supracitado, a autuada tomou conhecimento do teor da autuação.*

Já na Decisão recorrida, assim foi consignado:

*Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.*

*A lavratura anterior do Auto de Infração nº 207160.0005/16-0, cujas cópias foram juntadas às fls. 582 a 601, posteriormente invalidado e substituído pelo lançamento de ofício ora julgado, em nada repercute neste último, sequer para comparação de descrições fáticas ou valores, uma vez que a anulação faz desaparecer os efeitos jurídicos, tornando o ato administrativo inservível para fins práticos, inclusive de comparação ou cotejo.*

*A informação fiscal, que enfrentou todas as questões suscitadas na defesa, foi prestada e cadastrada no dia 13/03/2019 (fl. 641), tendo sido intimado o sujeito passivo em 25/03/2019 (fl. 664).*

Por fim, da análise do documento referente ao Auto de Infração substituído, às fls. 582 a 601 dos autos, verifica-se que todos os dados conferem com a peça vestibular deste PAF, quanto às infrações neles consignadas, o que reflete verídico o quanto alegado na informação fiscal de que fora anulado apenas para efeito de nova numeração, razão de me alinhar os dizeres ínsitos na Decisão recorrida, especialmente de que a lavratura anterior do Auto de Infração nº 207160.0005/16-0, em nada repercute neste último, ora em análise, uma vez que com a anulação daquele faz desaparecer os efeitos jurídicos, tornando o ato administrativo inservível para fins práticos, inclusive de comparação ou cotejo.

Em consequência, são impróprias as alegações recursais de que alguns fatos foram modificados, desaguando, inclusive, na ausência de relação entre as acusações e os anexos apresentados.

Logo, não vislumbro qualquer prejuízo ao autuado a nova numeração do Auto de Infração (207160.0007/16-2), cujo documento foi recebido pelo sócio-gerente da sociedade empresarial, assim como todos os anexos contidos nos autos e que fundamentam as infrações, conforme recibos às fls. 9 e 399 dos autos, especialmente por ter o sujeito passivo aduzido plenamente suas razões de defesa, em detalhes, parte dela acolhida, o que já comprova o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade aduzida nas razões recursais.

Quanto à prejudicial de mérito de decadência do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, eis que a ciência da autuação ocorreu em 27/12/16, inclusive em relação às infrações 10 a 16 (negada pela JJF), relativas ao descumprimento de obrigação acessória, por defender o recorrente que o acessório segue o principal, devendo se aplicar o art. 150, § 4º, do CTN.

Inicialmente, deixo de acolher ao pleito para que a decadência do direito de constituição do crédito tributário abarque todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, pois, por se tratar o ICMS de imposto de competência mensal, os fatos geradores ocorridos até 26 de dezembro de 2011 ainda não haviam sido escriturados nos livros fiscais e tampouco disponibilizados ao ente tributante para homologá-los, razão de não servirem como ponto de partida para a contagem do prazo decadencial, antes do término da dita competência, de modo a ensejar a perda do direito de constituição do crédito tributário, sobre todos os supostos fatos ocorridos até 26/12/2011, quando da ciência do Auto de Infração em 27/12/2016.

Contudo, em relação às infrações 10 a 16, há de registrar que, nos termos do Parecer da PGE/PROFIS e da jurisprudência deste CONSEF, o prazo de decadência se apura nos lindes normativos do art. 173, I, do CTN, pois, se tratando de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer ou de não fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, não há de se falar em norma relativa à homologação do imposto, conforme prescrito no art. 150, § 4º, do CTN, mas, sim, na aplicação

do art. 173 do CTN.

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS que, ao editar o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, excerto abaixo transrito, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, §4º do CTN, reporta-se sempre a expressão “ocorrência do fato gerador”, pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, §2º do CTN.

*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.*

Nesta condição, quanto as penalidades por descumprimento de obrigação tributária acessória e relativas aos fatos inerentes ao exercício de 2011, quando da ciência da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 27/12/2016, não havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN, o qual findava-se em 31/12/2016.

Quanto às razões de mérito, serão tratadas, concomitantemente, por infração, em relação aos Recursos de Ofício e Voluntário.

INFRAÇÃO 01, objeto apenas do Recurso Voluntário, cuja acusação é de utilização de crédito fiscal presumido em valor superior ao incluir operações sujeitas ao regime da substituição tributária, em desacordo com o previsto no art. 269, inciso X, “c”, do RICMS/12, alega o recorrente que não houve demonstração das mercadorias que, estando sujeita “ao regime de substituição”, impediriam o crédito, já que a ocorrência não foi claramente caracterizada e demonstrada, o que implica na nulidade da acusação.

Contudo, há de registrar que, conforme planilhas e documentos fiscais às fls. 41/72 dos autos, se comprova a acusação, eis que nos Demonstrativos dos Ajustes do Crédito Presumido Lançado a Maior no RAICMS (fls. 41/43), foram cotejadas as bases de cálculo fornecidas pelo contribuinte e as apuradas pelo fisco, com base nos documentos fiscais, também anexos aos autos, os quais decorreram das aquisições internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, ensejando a opção ao crédito fiscal previsto no art. 269, X, “c”, do RICMS/BA, nos quais se comprova a acusação fiscal de que o contribuinte não excluiu, para efeito do crédito presumido, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A título de exemplo, à fl. 42 dos autos, consta na planilha do autuante que o contribuinte, em 25/10/2012, utilizou a base de cálculo de R\$34.200,00, constante da Nota Fiscal nº 57 (fl. 46), para utilizar o crédito presumido de R\$4.104,00 (12%), conforme memória de cálculo do contribuinte (fl. 44), considerando o item “Pão Delícia com Recheio” no valor de R\$8.820,00, sujeito ao ICMS-ST.

Já o autuante, na dita planilha à fl. 42 dos autos, em relação à Nota Fiscal nº 57, considerou a base de cálculo de R\$25.380,00 (R\$34.200,00 – R\$8.820,00), e apurou o crédito presumido de R\$3.045,60, encontrando um crédito presumido a maior utilizado pelo contribuinte de R\$1.058,40 (R\$4.104,00 – R\$3.045,60).

Logo, descabe a alegação recursal de que não houve demonstração das mercadorias sujeita “ao regime de substituição” e que impediriam o crédito, já que tais itens foram destacados nos documentos fiscais, os quais constam do PAF. **Não Provado o Recurso Voluntário e mantida a Decisão pela procedência da exação.**

INFRAÇÃO 02, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de falta de recolhimento do ICMS, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de janeiro de

2011 a dezembro de 2012, a desoneração do valor de R\$251.268,25 para R\$223.612,95 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente aos meses de janeiro a novembro de 2011, **do que concordo**, já que são operações registradas na escrita fiscal do contribuinte, juntamente com mercadorias tributadas, sendo recolhido o imposto apurado, o que se enquadra no art. 150, § 4º do CTN. **Mantida a Decisão.**

INFRAÇÃO 03, objeto de ambos recursos, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontros entre os valores recolhidos e os escriturados no livro RAICMS, nos meses de janeiro, março e outubro de 2011, novembro e dezembro de 2012, a desoneração do valor de R\$79.963,46 para R\$34.731,36 ocorreu em virtude do entendimento da JJF de que os meses de janeiro a novembro de 2011 foram alcançados pela decadência (fl. 697), do que concluiu remanescer apenas o valor de R\$34.731,36, relativo ao mês de dezembro de 2012, consoante texto abaixo:

*Como a notificação da lavratura ocorreu no dia 27/12/2016, seis dias após a própria lavratura (21/12/2016), restam alcançadas pelo fenômeno decadencial – apenas nas infrações 01 a 09 -, as ocorrências relativas ao período de janeiro a novembro de 2011.*

Contudo, a Decisão recorrida se equivocou ao considerar o mês de novembro de 2012, com ICMS exigido de R\$15.019,39, como decaído, aliás, como consignou o Relator na própria decisão, quando da análise das razões de mérito relativas à infração 3 (fl. 698), em que pese assim não computar na apuração do valor remanescente, *numa prova evidente de erro material*, conforme excerto, a seguir:

*Com efeito, às fls. 602 a 604, restou comprovado o pagamento regular do saldo devedor de R\$20.145,52, referente a dezembro de 2012.*

*À fl. 573, o defendente afirmou, com razão, que, deduzidos os valores alcançados pela decadência, somente remanesceria a ocorrência de dezembro de 2012. Olvidou-se do período de novembro do referido ano e não trouxe o comprovante da apuração e do pagamento, pelo que o valor respectivo será mantido (aplicação do art. 140 do RPAF/99).*

*Infração 03 parcialmente elidida, para R\$34.731,30.*

Diante de tais considerações finais, parece-me claro que a intenção do Relator seria de considerar o valor remanescente da infração 3 apenas de R\$15.019,39, referente à competência de novembro de 2012, e não do valor relativo a dezembro de 2012, conforme procedeu, eis que reconheceu este como comprovado.

Por sua vez, o contribuinte, na sua impugnação, quanto à infração 3, ao alegar que, abatidos os valores de 2011, restaria apenas o valor de dezembro/2012, o qual fora corretamente recolhido no valor de R\$20.145,52, conforme apurado no RAICMS, inexistindo “desencontro entre os valores recolhido e escriturado na apuração do imposto”, consoante comprova através de sua escrita fiscal e recolhimento (fls. 602/626), teve a anuência do autuante (fl. 656) que admitiu ter cometido equívoco ao apurar esta infração baseado na cópia do RAICMS, desconsiderando o referido livro devidamente ajustado e em consonância com a DMA.

De fato, da análise do demonstrativo de fl. 122 dos autos, verifica-se que o autuante, ao refazer a apuração do mês de dezembro de 2012, **não** levou em consideração qualquer valor de crédito presumido. Já o contribuinte, quando da sua apuração, à fl. 604 dos autos, considerou crédito presumido de R\$32.659,39 e da antecipação parcial de R\$3.106,71, o que já comprova o equívoco cometido pelo autuante.

Ressalve-se, entretanto, que, em relação à competência de novembro de 2012, conforme demonstrativo às fls. 120 dos autos, na apuração do ICMS exigido de R\$15.019,39, o autuante convalidou a existência de crédito presumido de R\$24.199,51 (cujo valor foi objeto da infração 1 – fl. 43), não cometendo o mesmo equívoco ocorrido no mês de dezembro de 2012, cuja exação de novembro/12 não foi contestada pelo sujeito passivo, tanto na impugnação, quanto no Recurso Voluntário.

Diante de tais considerações, acolho as razões recursais do sujeito passivo de ser indevida a exigência de R\$34.731,30, relativa à competência de dezembro de 2012, **como também**

**restabeleço o valor de ICMS exigido de R\$15.019,39, relativo à competência de novembro de 2012**, objeto de desoneração pela Decisão recorrida, por não ter ocorrido a decadência para constituir o citado crédito tributário, quando da ciência do Auto de Infração pelo autuado em 27/12/2016, como também por restar comprovada a existência de erro material na Decisão da JJF ao não considerar o valor de R\$15.019,39 como remanescente da exação 3, em que pese consignar que o contribuinte *“Olvidou-se do período de novembro do referido ano e não trouxe o comprovante da apuração e do pagamento, pelo que o valor respectivo será mantido ...”*.

Recursos providos parcialmente para **modificar a Decisão** pela Procedência Parcial da infração 3, no valor de R\$15.019,39, relativo à competência de novembro de 2012.

INFRAÇÃO 04, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas, a improcedência da exação decorreu do fato de que os documentos que o autuante se baseou para apurar a infração são referentes às vendas através de ECF, conforme fls. 73/123 dos autos, e não de entradas não registradas como dito na acusação, do que concordo com a desoneração, porém, para considerar a infração nula. **Mantida a Decisão**.

INFRAÇÃO 05, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de vendas com uso de cartões em valores inferiores aos informados pelas administradoras, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 (fls. 281/294), a desoneração do valor de R\$156.926,68 para R\$71.250,51 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente aos meses de janeiro a novembro de 2011.

Contudo, no caso de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através das vendas por meio de cartões de crédito/débito, por não haver o correspondente documento fiscal e, em consequência, não ter o contribuinte oferecido tais operações à tributação, inexiste o pagamento do ICMS a homologar.

Sendo assim, o prazo decadencial não se sujeita a contagem prevista no art. 150, § 4º, do CTN, mas sim à regra geral estabelecida no art. 173, I, do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nesta condição, a Fazenda Estadual teria prazo até 31/12/2016 para lançar o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 e, como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 27/12/2016, não havia operado a decadência do direito de constituí-lo.

Recurso provido para restabelecer valores relativos ao exercício de 2011. Infração 5 Procedente. Modificada a Decisão.

INFRAÇÃO 06, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação nos meses de julho de 2011, fevereiro e agosto de 2012, a desoneração do valor de R\$213,69 para R\$128,43 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente ao mês de julho de 2011, **do que concordo**, já que se trata de operação de aquisição de mercadoria devidamente registrada na escrita fiscal do contribuinte, relativa apenas à Nota Fiscal nº 608 (fl. 298), o que se enquadra no art. 150, § 4º, do CTN. **Mantida a Decisão**.

INFRAÇÃO 07, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de 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, a desoneração do valor de R\$2.150,09 para R\$371,37 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente aos meses de março, maio, junho, agosto e novembro de 2011, **do que concordo**. **Mantida a Decisão**.

INFRAÇÃO 08, objeto apenas do Recurso de Ofício, cuja acusação é de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, a desoneração do valor de R\$3.231,66 para R\$2.689,44 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente ao mês de setembro/11, **do que concordo**, em razão da apuração em

conjunto no próprio RAICMS. **Mantida a Decisão.**

INFRAÇÃO 09, objeto de ambos recursos, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, a desoneração do valor de R\$17.462,39 para R\$8.938,94 ocorreu em virtude da fruição do prazo de decadência inerente aos meses de janeiro, fevereiro, abril a julho, outubro e novembro de 2011, **do que concordo.**

Quanto às razões recursais do contribuinte limita-se a pretender apenas a aplicação da multa de 60%, conforme §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sob a alegação de que comercializou as mercadorias com incidência do ICMS, não existindo no PAF qualquer indício de que não foram as mesmas tributadas nas saídas, como também por não ter deduzido o valor tido como pago a menor da antecipação parcial, quando dos fechamentos mensais, a manutenção desta parte da autuação é ilegal, além de provocar “bis in idem”.

Inicialmente, há de registrar que o citado dispositivo legal (§1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96) condiciona a dispensa da exigência do imposto, ora exigido, para aplicação apenas da multa pleiteada, quando se tratar de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração e, **comprovadamente**, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores. Em que pese o recorrente afirmar que no PAF não há qualquer indício de que não foram as mesmas tributadas nas saídas, verifica-se que a própria exação 05 depõe contrariamente a esta pretensão, eis que exige omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de venda em cartão de crédito/débito nos mesmos exercícios de 2011 e 2012, o que inviabiliza a aplicação do referido dispositivo legal. Por fim, quanto à alegação de que a manutenção desta autuação provocará “bis in idem”, vislumbro que a partir do recolhimento do ICMS por antecipação parcial, ora exigido, o contribuinte terá direito ao crédito fiscal correspondente, salvo determinação contrária que deverá ser provocada pelo interessado, sob consulta, à autoridade competente.

Recursos Não Providos. **Mantida a Decisão.**

INFRAÇÕES 10 e 11, objeto apenas do Recurso Voluntário, pelas quais se exigem, respectivamente, a multa de R\$920,00, pelo extravio de livros fiscais, com data de ocorrência de 31/12/2012, e a multa de R\$1.380,00, por deixar de encriturar livros fiscais, com datas de ocorrência de 01/11/2011, 31/12/2011 e 31/12/2012, sendo a alegação recursal de que devem sofrer os ajustes do efeito da decadência de 2011, de forma alinhada com os precedentes citados.

Conforme anteriormente já analisado quando da prejudicial de mérito, há de esclarecer que a decadência do direito de constituição do crédito tributário, quanto às infrações 10 a 16, relativas ao descumprimento de obrigação acessória, se apura nos termos do art. 173, I do CTN, pois, neste caso de descumprimento de obrigação acessória de fazer ou não fazer, por não haver lançamento por homologação e recolhimento, não há de se falar em norma relativa à homologação do imposto, conforme prescrito no art. 150, § 4º, do CTN, mas, na aplicação do art. 173 do CTN, consoante jurisprudência deste CONSEF, cujo entendimento foi endossado através do Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 751 a 758 dos autos.

Portanto, em relação às infrações 10 e 11, quando da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 27/12/2016, não havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN, o qual findou-se em 31/12/2016.

**Mantida a Decisão.**

INFRAÇÕES 12, 13 e 14, objeto apenas do Recurso Voluntário, pelas quais se exigem, respectivamente, as multas de: R\$3.360,00 por declarar DMA com dados incorretos (sendo R\$140,00 por cada mês dos exercícios de 2011 e 2012); R\$5.060,00 por apresentar DMA fora do prazo regulamentar (sendo R\$460,00 por cada mês, no total de onze) e R\$16.560,00 por não informar o aplicativo de comando ao software básico de ECF (sendo R\$1.380,00 por cada mês, no total de oito), a alegação recursal é de que, retiradas as parcelas atingidas pela decadência, somente poderia ser aplicada uma multa, em cada infração, de R\$140,00 e R\$460,00, para o exercício de 2012, na medida em que a Lei nº 7.014/96 não prevê expressamente que a sanção, dentro de uma mesma ação fiscal, deve ser “por mês”.

Quanto à pretensão recursal relativa à decadência, já exaustivamente analisado. Inerente ao pleito de única multa por infração, conforme consulta à PGE/PROFIS, conclui-se que não merece sufrágio o apelo do contribuinte, eis que “*Por obvio, não se pode punir de igual forma alguém que comete uma infração, doutro que comete várias infrações nas mesmas circunstâncias, garantindo-se, assim sendo, a aplicação proporcional da pena*”.

Ademais, ao contrário do que defende o recorrente, a penalidade prevê expressamente a sanção nos moldes aplicados nas infrações, uma vez que:

1. Em relação à infração 12, a multa no total de R\$3.360,00, correspondente ao valor de R\$140,00 por cada mês em que o contribuinte apresentou DMA com dados incorretos, conforme previsto no art. 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, que estipula a penalidade em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas **através de formulários próprios**. Portanto, caracterizada a cada informação enviada através de formulários próprios.
2. Inerente à infração 13, a multa no total de R\$5.060,00, correspondente ao valor de R\$460,00 por cada mês em que o contribuinte apresentou DMA fora do prazo regulamentar, conforme previsto no art. 42, inciso XV, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, que estipula a penalidade pela falta de apresentação, **no prazo regulamentar**, estipulado para cada mês. Portanto, caracterizada a cada transgressão do prazo.
3. Quanto à infração 14, a multa no total de R\$16.560,00 (fl. 395), correspondente ao valor de R\$1.380,00 **por cada equipamento em que não houve informação** à SEFAZ do **aplicativo utilizado** para o envio de comandos ao Software Básico do equipamento, como previsto no art. 42, XIII-A, “e” da Lei nº 7.014/96, cuja dosimetria foi reconhecida pelo próprio sujeito passivo, às fls. 574 dos autos, quando afirma que: “*Nesse caso sim a lei é expressa, prevendo multa por equipamento*”.

Portanto, descabe a pretensão recursal para aplicação do art. 112 do CTN, eis que a lei prevê a penalidade conforme foi aplicada, como também descabe a redução da multa, prevista no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por ter tal dispositivo legal sido revogado pela Lei nº 14.183/19, com efeitos a partir de 13/12/19, assim por não preencher os requisitos previstos à época para tal mister, ou seja, que não implicasse na falta de recolhimento do imposto, eis que se verifica da própria exação 05 a existência de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de venda em cartão de crédito/débito nos mesmos exercícios de 2011 e 2012, o que inviabilizaria a hipótese da aplicação do referido dispositivo legal.

Mantida a Decisão, quanto às infrações 12, 13 e 14, do Auto de Infração.

INFRAÇÕES 15 e 16, objeto apenas do Recurso Voluntário, pelas quais se exigem as multas, inerentes aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, nos totais de: *i*) R\$101.434,09, correspondente a 1% do valor das entradas ou das saídas, o que for maior (fl. 396), pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações sobre operações e prestações realizadas, e *ii*) R\$33.120,00, correspondente a R\$1.380,00 por mês, por fornecer arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via Internet, por meio do programa validador do SINTEGRA.

O recorrente defende que se tratam de itens interligados e que os arquivos foram transmitidos, não restando caracterizada a “falta de entrega”, elemento essencial para gerar a possibilidade de aplicação da pena de 1%, pela insistência da omissão, mesmo contra intimação subsequente. Alega, também, que a transmissão antes da ação fiscal caracteriza a espontaneidade, excluindo a punibilidade e que a única hipótese de manutenção das penas seria a entrega com inconsistências (entrega sem o nível de detalhamento exigido), com recusa, depois da intimação subsequente, das devidas retificações (o que não consta da acusação). Invoca o art. 112 do CTN e que, no caso em tela, caberia a multa do art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, ou apenas uma sanção.

Da análise das peças processuais, às fls. 27/39 dos autos, verifica-se que o contribuinte, em 21/10/2016, foi devidamente intimado para correção dos arquivos SINTEGRA, nos termos art. 261,

§§ 2º e 4º do Decreto n. 13.780/12 (RICMS), vigente à época da ação fiscal, tendo-lhe sido fornecido a Listagem Diagnóstico para correção dos Registros “54”, “61”, “61-R”, “70” e “74” dos arquivos SINTEGRA e concedido o prazo de 30 dias para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências.

Registre-se que, nos termos do art. 261, §6º do RICMS/12, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configurava não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo fato controverso não restou comprovado nos autos pelo recorrente.

Ressalte-se que a décima-quinta exação ocorreu em razão de o contribuinte não apresentar os citados arquivos magnéticos dentro do prazo determinado, quando devidamente intimado, conforme ocorreu em 21/10/2016, sujeitando a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, por descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no dispositivo legal citado.

Já a décima-sexta exação decorre pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação (art. 708-A do RICMS/97 e art. 259, § 12 do RICMS/12), via internet, dos arquivos magnéticos, com multa prevista de R\$ 1.380,00, por cada mês, pelo descumprimento dos referidos prazos regulamentares. Logo, inexiste espontaneidade a apresentação intempestiva, antes da ação fiscal, ainda mais fora das especificações.

Assim, independentemente da entrega mensal prevista, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no artigo 261 do RICMS/12, vigente à época da ação fiscal, cujas penalidades são previstas no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrita:

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

[...]

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

[...]

*j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.*

Da análise das acusações fiscais, relativas às duas infrações, como também das próprias razões de defesa, verifica-se ser inquestionável que os arquivos magnéticos não haviam sido transmitidos pelo contribuinte à SEFAZ nos prazos regulamentares (objeto da exação 16) e, ainda assim, quando apresentados, *contendo falta dos registros “54”, “61”, “61-R”, “70” e “74”*, o que levou ao preposto fiscal intimar o contribuinte, para, no prazo de trinta dias, apresentar os citados arquivos magnéticos, corrigidos das inconsistências apuradas, o que não foi atendido pelo autuado, resultando na infração **acumulativa** prevista na alínea “j”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão da não transmissão dos aludidos arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, como também da apresentação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, quando devidamente intimado.

Entretanto, da análise das peças processuais, há de salientar que a multa no montante de R\$101.434,09, inerente à infração 15, consignada como relativas aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, por ter o **contribuinte deixado de atender a intimação para a entrega dos arquivos magnéticos no prazo de trinta dias**, com ciência do contribuinte **em 21/10/2016**, conforme intimação à fl. 27 dos autos, por motivo óbvio, o não cumprimento da obrigação tributária acessória só poderia se configurar após o término do prazo concedido pela fiscalização para a apresentação dos respectivos arquivos magnéticos.

Pois bem, a Superintendência da Administração Tributária – SAT, através de seu órgão (GEAFI) emitiu orientação técnica, OTE-DPF-3005, em junho de 2005, uniformizando o tratamento a ser dado a essa conduta, por parte da fiscalização, conforme abaixo reproduzida, *in verbis*:

*“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.*

*5.1. Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”* (grifei)

Assim, considerando que a ciência da intimação foi em 21/10/2016 (fl. 27), o descumprimento da obrigação tributária acessória de apresentar os arquivos eletrônicos da EFD só ocorreu a partir do fim do prazo de trintas dias dado para apresentação que foi 22/11/2016, ou seja, só a partir de **23/11/2016** ocorreu o descumprimento da obrigação acessória, sendo esta a data **(23/11/2016)** de ocorrência e de vencimento para o total da multa aplicada para a infração 15, e não mensalmente conforme peça vestibular.

Já a infração 16, cuja multa de R\$33.120,00 decorre do fato de o contribuinte não ter enviado os arquivos magnéticos nos prazos previsto na legislação, resultando na multa mensal de R\$1.380,00 por cada período, em relação aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, nos termos do art. 708-A do RICMS/97 e do art. 259, § 12, do RICMS/12, deverá ser transmitido até o dia 15 do mês subsequente ao do período de apuração.

Assim, considero subsistentes as duas infrações, com as devidas adequações das datas de vencimento, a saber:

- Infração 15, data de 23/11/2016, para o total da multa.
- Infração 16, data de vencimento deslocada para o dia 15 de cada mês da data de vencimento posta na infração (exemplo 09/03/2011, passa a ser 15/03/2011)

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário para modificar a Decisão recorrida, conforme quadro a seguir:

INFRAÇÃO Nº	VLR AUTUADO (R\$)	VLR JULGADO JJF (R\$)	VLR JULGADO CJF (R\$)	OBS.
1 (RV)	34.904,65	34.904,65	34.904,65	
2 (RO)	251.268,25	223.612,95	223.612,95	
3 (RORV)	79.963,46	34.731,36	15.019,39	Dt venc. 09/12/2012
4 (RO)	398.218,87	-	-	
5 (RO)	156.926,68	71.250,51	156.926,68	
6 (RO)	213,69	128,43	128,43	
7 (RO)	2.150,09	R\$371,37	R\$371,37	
8 (RO)	3.231,66	2.689,44	2.689,44	
9 (RORV)	17.462,39	8.938,94	8.938,94	
10 (RV)	920,00	920,00	920,00	
11 (RV)	1.380,00	1.380,00	1.380,00	
12 (RV)	3.360,00	3.360,00	3.360,00	
13 (RV)	5.060,00	5.060,00	5.060,00	
14 (RV)	16.560,00	16.560,00	16.560,00	
15 (RV)	101.434,09	101.434,09	101.434,09	Dt venc. 23/11/2016
16 (RV)	33.120,00	33.120,00	33.120,00	Dt venc. 15 de cada mês
<b>TOTAL</b>	<b>1.106.173,83</b>	<b>538.461,74</b>	<b>604.425,94</b>	

#### VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, discordo do posicionamento adotado pelo i. Relator em relação a não aplicação da decadência nas infrações 05 e 10 a 16, conforme explico a seguir.

Entendeu o nobre relator que, na infração 05, não seria aplicável o art. 150, §4º do CTN, uma vez que “*no caso de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através das vendas por meio de cartões de crédito/débito, por não haver o correspondente documento fiscal e, em consequência, não ter o contribuinte oferecido tais operações à tributação, inexiste o pagamento do ICMS a homologar.*”.

Ademais, no pertinente às infrações 10 a 16, relativas a descumprimento de obrigações acessórias, entendeu pela aplicação do art. 173, I do CTN, ao afirmar que: “... *o prazo de decadência se apura nos lindes normativos do art. 173, I, do CTN, pois, se tratando de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer ou de não fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, não há de se falar em norma relativa à homologação do imposto, conforme prescrito no art. 150, § 4º, do CTN, mas, sim, na aplicação do art. 173 do CTN.*”.

Por se tratar o ICMS de um imposto por homologação, a aplicação adequada para o caso em comento seria do art. 150, §4º do CTN, o qual entende como início do prazo da decadência a data da ocorrência do fato gerador. Vejamos dispositivo abaixo transscrito:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*[...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, considerando o fato gerador o Termo Inicial da contagem do prazo decadencial de exigência fiscal por parte do Fisco, não devem ser exigidos pela Autoridade Fiscalizadora as ocorrências relativas ao período de janeiro a novembro de 2011.

A PGE, em incidente de uniformização nº PGE 2016.194710-0, reconhece a aplicação do art. 150, §4º do CTN para a contagem do prazo decadencial. Vejamos abaixo o entendimento firmando:

*“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.”*

Em que pese louvar o avanço de posicionamento por parte da PGE sobre a matéria, discordo desta linha limitada da aplicação do §4º do art. 150, por defender 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, sendo o ICMS um imposto por homologação, de apuração mensal, condicionar a aplicação do art. 150, §4º do CTN 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, por tudo quanto exposto, entendo pela aplicação da decadência nos moldes do art. 150, §4º do CTN tanto na infração 05 quanto nas infrações 10 a 16, razão pela qual NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

## 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, quanto às infrações 5, 10 a 16, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0007/16-2, lavrado contra **SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$442.591,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$285.665,17 e 100% sobre R\$156.926,68, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “d”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$161.834,09**, previstas nos incisos XIII-A, alíneas “e” e “j”, XIV, XV, alíneas “d” e “h” e XVIII, “c” da referida Lei, com os acréscimos previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores oferecidos em parcelamentos de débitos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, José Rosenvaldo Evangelista Rios e Cláudio José Silveira Pinto.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

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