

A. F. Nº - 211322.0050/18-9  
AUTUADO - M. DO S. DE S. SANTOS OLIVEIRA – EPP  
AUTUANTE - JÚLIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.07.2020

## 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0143-06/20VD

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Afastada a nulidade. Nenhum vínculo com lançamento anterior julgado nulo. É direito de a Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Indeferido o pedido de perícia e diligência com base na alínea “a” do inciso II e nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147 do RPAF. Reconhecida a decadência dos fatos geradores ocorridos no período referente a 2012, com espeque no art. 173, I do CTN. Infração subsistente em parte.2. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Afastada a nulidade. Nenhum vínculo com lançamento anterior julgado nulo. É direito de a Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Indeferido o pedido de perícia e diligência com base na alínea “a” do inciso II e nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147 do RPAF. Reconhecida a decadência dos fatos geradores ocorridos no período referente a 2012, com espeque no art. 173, I do CTN. Infração subsistente em parte 3. MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. Afastada a nulidade. Nenhum vínculo com lançamento anterior julgado nulo. É direito da Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Indeferido o pedido de Perícia e Diligência com base na alínea “a” do inciso II e nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147 do RPAF. Reconhecida a decadência dos fatos geradores ocorridos no período referente a 2012, com espeque no art. 173, I do CTN. Infração subsistente em parte. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 29/11/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$22.270,70, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 –07.21.01–Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. Relativo ao período de fevereiro a novembro de 2012; março, abril e agosto de 2013. No valor de R\$10.761,35;

Infração 02 – 07.21.03– Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. Referente ao período de fevereiro, abril, julho, outubro e novembro de 2012; fevereiro a abril, julho a dezembro de 2013. No valor de R\$3.584,35;

Infração 03 – 16.01.01– Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Referente ao período de janeiro a novembro de 2012 e janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2013.

Constata-se, que a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 19 a 31.

Sob o tópico “**ESCORÇO DA AUTUAÇÃO**” iniciou a sua argumentação afirmando que a Impugnante é pessoa jurídica que se dedica ao comércio varejista de material de construção em geral, ferragens e ferramentas.

Afirmou que teve contra si lavrado o Auto de Infração nº. 2113223004/16-1, no bojo do qual, está a acusação fiscal de que, supostamente, a Impugnante teria deixado de recolher o ICMS referente ao SIMPLES NACIONAL para o período de competências entre fevereiro/2012 e dezembro/2013.

Disse que o débito atingiu na data da autuação, o valor de R\$ 20.087,66 (vinte mil e oitenta e sete reais e sessenta e seis centavos), tendo por supedâneo a presunção de omissão de saídas de mercadorias consoante vício na escrituração fiscal da Impugnante, caracterizado o não recolhimento de valores à guisa de ICMS no período compreendido entre 2012 e 2013.

Afirmou que os Exmos. Julgadores da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual concluíram pela nulidade do processo administrativo ante a inexistência de legalidade no procedimento, vício, portanto, de natureza material, como os próprios v. julgadores mencionaram na conclusão do acórdão, in verbis:

Há portanto nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 18, inciso IV do RPAF-BA/99.

Por tais razões voto pela Nulidade do auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **211322.3004/16-1**, lavrado contra **M. DO S. SANTOS OLIVEIRA – EPP.**

Alegou que, após o trânsito em julgado da decisão acima colacionada, o Sr. Fiscal lavrou novo Auto de Infração, para o mesmo período fiscalizado, qual seja, fevereiro/2012 e dezembro/2013,

por, supostamente, ter deixado de recolher antecipadamente ICMS quando da entrada de mercadorias oriundas de outro estado da federação.

Passando ao tópico III. PRELIMINARMENTE, e sub tópico III.1. DA COISA JULGADA, sustentou que, o período fiscalizado no presente auto de infração foi objeto de um outro auto de infração (nº. 2113223004/16-1), cujo desfecho determinou a nulidade da fiscalização:

*“Há, portanto, nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão meramente formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 18, inciso IV do RPAF-BA/99.*

*Por tais razões voto pela Nulidade do auto de infração. ”*

Asseverou que jamais poderia a Autoridade Fiscal, após o trânsito em julgado da decisão que analisou o período ora fiscalizado, simplesmente lavrar novo auto de infração, haja vista a existência de decisão imutável sobre o tema. Em seguida, destacou o Art. 155 do RPAF-BA:

*Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.*

Alegou estar claro que a nulidade declarada é material, sendo assim, o ato não é passível de ser refeito, como pretende o Sr. Fiscal ao lavrar novo auto de infração em substituição ao anterior. Ressaltou que a coisa julgada corresponde à imutabilidade da declaração julgadora sobre o direito da parte que requer alguma prestação administrativa-jurisdicional.

Destacou a doutrina do ilustre Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, v. I, 44ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 287) “não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente; nem que, após o transito em julgado, volte a mesma lide a ser discutida em outro processo. E evocou o artigo 502 do CPC que dita: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. ”.

Afirmou que essa imutabilidade impediria que houvesse, pelo menos na seara administrativa, um novo julgamento sobre o mesmo período analisado, gerando reflexos também fora do processo, impedindo-as de virem a renovar a discussão da lide em outros processos.

Ainda que fosse possível ao Sr. Fiscal realizar novo lançamento do tributo, o que se admite apenas a título de argumentação, relembrar-se que o Código Tributário Nacional elenca um rol taxativo para esta possibilidade em seu Art. 149, vejamos:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

*I - quando a lei assim o determine;*

*II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;*

*III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;*

*IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;*

*V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;*

*VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;*

*VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;*

*VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;*

*IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.*

*Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.*

Alegou que o presente auto de infração nada mais é que o refazimento de auto de infração anteriormente lavrado, e que fora declarado nulo pela Quarta Junta de Julgamento.

Reiterou que, sob nenhuma vertente poderia o Sr. Fiscal efetuar um novo lançamento tributário através da lavratura de um novo auto de infração, haja vista a produção de efeitos já realizadas em razão da sua fiscalização anterior.

Explicou que seria proibido ao FISCO realizar procedimento fiscal a respeito de créditos tributários já homologados nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, bem como efetuar revisão de ofício do “auto lançamento” ou “lançamento por homologação tácita”, eis que o CTN, além de só autorizar a revisão de lançamento nas hipóteses do art. 149, que não enquadram no presente caso, apenas o permite enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. Em seguida reiterou que o presente auto deve ser julgado improcedente.

Adentrando ao tópico “DADECADÊNCIA”, trazendo julgados como referência, afirmou que no caso em apreço, deve ser aplicado o prazo do §4º do Art. 150 do Código Tributário Nacional, haja vista que se trata de cobrança de tributo sujeito a lançamento por homologação em que teria ocorrido o pagamento parcial:

*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.*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*

*§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*

*§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*

*§ 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, considerar-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Disse que na presente hipótese, os créditos apontados como decaídos referem-se a fatos geradores ocorridos no exercício dos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013, portanto, teve início o decurso do prazo decadencial para lançamento do crédito em tela na ocasião do fato gerador, aplicando-se a regra do Art. 150, §4º, pare que a contagem do prazo decadencial comece a fluir a partir do primeiro dia útil do mês subsequente.

Rematou que, com isso, o crédito fiscal fulminara-se pela decadência em janeiro/2017 e dezembro/2018, para o primeiro e último mês, respectivamente, indicados no presente auto de infração, pois o Fiscal não exerceu o direito ao lançamento do imposto no prazo de 05 (cinco) anos, tem-se que fulminado pela decadência se encontra o débito referente aos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Passando ao tópico “NO MÉRITO” sustentou que o Auto de Infração possui por alicerce o fundamento adquirido de algumas poucas informações presentes na escrituração fiscal da Impugnante, que não foi levada em consideração a verdade real, mas apenas a existência de omissões na escrituração fiscal do contribuinte, o que, de fato, poderá acarretar no bis in idem, pagando duplamente as exações.

Disse que por exigência do princípio da estrita legalidade e que por isso não poderia olvidar o agente público de adotarmos procedimentos concernentes à lavratura de Autos de Infração, as disposições normativas insertas na legislação de regência, mormente aquelas que erigem os

elementos, de natureza formal e instrumental, necessários a conferir validade ao lançamento.

Afirmou que o Auto de Infração hostilizado foi erigido sob o supedâneo da inexistência de registro de entrada e saída de mercadorias, fato que fez presumir a omissão de saída de mercadorias e, consequentemente, o recolhimento a menor do imposto ora exigido.

Salientou que nos procedimentos de fiscalização a Administração está adstrita a “verdade real”, ou seja, as presunções em que se fundamente o presente auto de infração poderão ser facilmente descortinadas a partir de simples perícia contábil, caso não seja possível atingir o fim a qual a fiscalização busca primariamente. Trouxe à baila julgados dizendo no mesmo sentido, *REsp 901.311/RJ*.

Afirmou que, no caso em apreço, todas as informações apontadas pela autoridade fiscal como inconsistentes, encontram-se devidamente registradas em seus livros e informações fiscais devidamente entregues quando da fiscalização.

Salientou que a Autoridade Fiscal na sua apuração incluiu na base de cálculo do ICMS a ser recolhido ao Estado da Bahia, o montante correspondente aos produtos adquiridos pela Impugnante com antecipação tributária. Destacou o regulamento do ICMS/BA sobre a temática:

*Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

*Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.*

Sustentou que jamais a Autoridade Administrativa poderia aplicar a penalidade ora imposta à Impugnante, posto que, deixou de fiscalizar corretamente a atividade econômica em que está inserida, bem assim, suas particularidades.

Concluiu que sua defesa demonstrou os erros e vicissitudes em que incorreu a fiscalização e por isso, consequentemente, depreca a Impugnante pelo recebimento da presente DEFESA ADMINISTRATIVA para os fins de se julgar insubstancial o Auto de Infração ora guerreado, extinguindo-se o crédito tributário apontado.

Em seguida o autuante apresentou sua informação fiscal às fls. 37 e 38 destacando que o autuado trouxe à baila o Auto de Infração nº. 211322.3004/16-1 que foi julgado "Nulo" pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual.

Explicou que tal Auto de Infração teve sua origem na Ordem de Serviço número 505092/16, emitida em 25/07/2016 para cumprimento da programação de auditoria com ênfase na verificação de omissão de receita não declarada ou receita tributável declarada como isenta.

E que a Ordem de Serviço de n.º 505881/18, que resultou no presente auto de infração, foi emitida em 30/10/2018, especificando ação fiscal para "Fiscalização Simples Nacional", foi iniciada em 01/10/2018 tendo como período a fiscalizar 01/01/2012 a 31/12/2013, com ênfase no "Refazimento do Procedimento Fiscal, observado o julgamento, do Auto de Infração nº. 211322.3004/16-1, realizado pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF".

Salienta que o contribuinte persiste em alegar em sua peça defensória que "o presente auto de infração nada mais é que o refazimento de auto de infração anteriormente lavrado, e que fora declarado nulo pela Quarta Junta de Julgamento".

Disse discordar de tal afirmação, pois as infrações constatadas no presente PAF foram outras:

*Infração 01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.*

-Enquadramento Legal: Artigo 386, inciso 1; artigo 371, artigo 125, combinado com o artigo 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

-Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96.

**Infração - 02** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado

-Enquadramento Legal: Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

-Multa Aplicada: Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96 - Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015 C/C a Alínea "c" do Inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).

**Infração 03** - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

-Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

-Multa Aplicada: Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96 - Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015 C/C a Alínea "c" do Inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).

Afirma poder-se observar cristalinamente que não se trata de refazimento do auto de infração nº. 211322.3004/16-1 que foi julgado "nulo" pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual e sim, o levantamento, análise e identificação de outras infrações tipificadas e que são violações à Lei.

Na continuidade, o atuado alude à decadência e prescrição do processo embasado no o Art. 150, § 4.º do CTN que em seu verbete final define salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rechaçou a arguição de decadência por entender que foi apurado a sonegação de informações quando o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias e bens sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo desta forma deixado de recolher o ICMS por substituição tributária e antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Explicou que o Código Tributário Nacional prevê dois prazos preclusivos: surgindo a obrigação tributária, nasce para a Fazenda Pública o direito formativo de constituir o crédito tributário, no prazo de decadência de cinco anos, não sujeito a interrupção ou suspensão (CTN, art. 173); constituído o crédito tributário, a Fazenda Pública tem o direito de haver a prestação tributária, direito que se extingue (prazo de decadência, portanto), decorridos outros cinco anos (CTN, art. 174). Ressaltou que este segundo prazo, denominado de prescricional está sujeito a interrupção e à suspensão, (CTN, art. 174, § único).

Disse interessar a presente análise a última hipótese, a do artigo 173, II do CTN, quando o lançamento, por defeito formal, vier a ser declarado nulo pela autoridade administrativa ou judicial. Referido dispositivo, que admite a interrupção do prazo decadencial, reza que tal prazo será contado da data em que se tornar irrecorribel aquela decisão.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração objeto da presente demanda, representa lançamento de crédito tributário de ofício sob as seguintes acusações:

**Infração 01 -07.21.01**– falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Simples Nacional;

**Infração 02 - 07.21.03** – falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de

empresa optante do Simples Nacional;

**Infração 03 - 16.01.01** – multa pela falta de escrituração da entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação na escrita fiscal.

Preliminamente, examino a arguição defensiva de que teve contra si anteriormente lavrado, o Auto de Infração nº. 211322.3004/16-1, que fora objeto de julgamento pela nulidade, o qual disse tratar da mesma acusação fiscal objeto da presente demanda, e por isso, jamais poderia a Autoridade Fiscal lavrar novo auto de infração para o mesmo exercício, haja vista a existência de decisão imutável sobre o tema, a qual entendeu ter se resolvido com a declaração de nulidade material, repercutindo em ato não passível de ser refeito, o que inquinaria também o presente lançamento de crédito tributário de nulidade.

Verificada a decisão proferida no ACÓRDÃO JJF N° 0111-04/18, referente ao alegado Auto de Infração nº. 211322.3004/16-1, depreende-se, em primeiro, que o objeto da autuação julgada nula (“*Infração 01-17.01.01*”), nada tem em relação com as três infrações acima delineadas, objeto da presente demanda, veja-se:

<b>“A.I. N°</b>	<b>- 211322.3004/16-1</b>
<b>AUTUADO</b>	<b>- M. DO S. SANTOS OLIVEIRA – EPP</b>
<b>AUTUANTE</b>	<b>- JULIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM</b>
<b>ORIGEM</b>	<b>- INFRAZ JUAZEIRO</b>
<b>PUBLICAÇÃO</b>	<b>- INTERNET – 20.07.2018</b>

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0111-04/18**

**EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. SIMPLES NACIONAL. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado Vício jurídico substancial. Ofensa o princípio da estrita legalidade tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

*O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$20.087,66, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado:*

*Infração 01-17.01.01- Falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional Em complementação foi consignada a seguinte informação:*

*‘De posse dos documentos e livros fiscais fornecidos pelo contribuinte após envio de intimação para tal, coligimos as informações contidas nestes, e procedemos o confronto com os registros nos sistemas da SEFAZ em especial às aquisições efetuadas através de notas fiscais eletrônicas. Após as devidas e pertinentes análises documentais, os mesmos foram inseridos no programa Audig (Auditoria Digital) que procedeu o cruzamento das informações coligidas e identificou omissões no recolhimento do ICMS Simples Nacional. Estas foram devidamente calculadas, detalhadas amplamente no presente bem como, nos anexos, planilhas, tabelas e documentos contidos na mídia apensada ao presente PAF’’.*

Em segundo, não há falar em impossibilidade de novo lançamento, em função de haver lançamento pretérito para o mesmo período, sobretudo em se tratando de que o lançamento anterior fora julgado pela nulidade, implicando inexoravelmente na absoluta inexistência do ato anterior. Pois esse é o efeito da decisão pela nulidade de um ato administrativo. Haja vista a previsão do art. 21 do RPAF, que determina seja refeito o ato livre de falhas. Veja-se:

*Art. 21. A autoridade que decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas.*

Ademais, o próprio formulário de lançamento (auto de Infração) prevê a possibilidade de se apurar enquanto não extinto o prazo decadencial a ocorrência de outras infrações que repercuta em crédito tributário. Veja-se:

*“Ressalvamos o direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações*

*tributárias (...)"*

Portanto, não há falar em art. 149 do CTN, pois o presente lançamento não se trata de revisão fiscal e sim de novo lançamento, em vista de que entendeu o preposto fiscal haver outros elementos que configurariam obrigações tributárias, inclusive nenhuma das infrações elencadas se referem àquela considerada nula no julgamento pretérito alegado.

De tal modo, resta afastada a arguição de nulidade que teve por base a alegação de que não poderia haver outro lançamento de crédito tributária no período que fora objeto de exigência fiscal julgada nula. Portanto, concluo que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciadas de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. De modo que, sob o aspecto formal delineado, constato não verificar qualquer mácula que possa inquinar o feito de nulidade.

Aprecio também em fase de preliminar, o pedido de perícia contábil sob o argumento de que houve presunção de omissão de saída de mercadorias e de que as presunções em que se fundariam o presente Auto de Infração, poderiam ser facilmente descortinadas a partir de simples perícia contábil, e ainda que todas as informações apontadas pela autoridade fiscal como inconsistentes, encontram-se devidamente registradas em seus livros e informações fiscais, entregues quando da fiscalização.

E diante do fato de que no auto de Infração em tela, não consta acusação fiscal fundada em presunção de omissão de saídas, nem mesmo qualquer acusação decorrente de omissão de saída de mercadoria, bem como pelo fato de que a defesa não apresentou qualquer prova de inconsistência das acusações fiscais, objeto do presente lançamento, com base na alínea "a" do inciso II e nas alíneas "a" e "b", do inciso I, do art. 147 do RPAF, afasto o pedido de perícia, haja vista que não se trata de caso que dependa do conhecimento especial de técnicos e de diligência pelo fato de que as eventuais provas da alegação defensiva se encontram em poder da Impugnante, que poderia ter trazido aos autos se de fato existissem. E por fim, por considerar que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de minha convicção:

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

Destarte, vencida a arguição quanto à impossibilidade de se efetuar novo lançamento acerca de exercícios financeiros da empresa, que já foram objeto de lançamento tributário para o mesmo período, sobretudo quanto ao objeto do lançamento anterior que fora anulado pelo CONSEF, cabe adentrar ao enfrentamento da arguição de se tratar ou não de nulidade material, a decisão evocada quanto ao lançamento efetuado através do Auto de Infração n.º 211322.3004/16-1, pois em se confirmando a nulidade material, a matéria tributável estaria afastada da suspensão da contagem do prazo decadencial.

Nessa esteira, como é sabido, a nulidade formal ocorre quando o víncio que lhe deu causa se refere a elementos meramente formais, como erro de aposição de informações que não se referem aos elementos fundantes do crédito tributário, conforme previsto no art. 142 do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Deste modo, considera-se nulidade material, aquela decorrente de víncio que comprometa o

lançamento do crédito tributário, quanto à determinação de seus elementos nucleares de formação, como a determinação do fato gerador, da matéria tributável, do montante do tributo devido e da identificação do efetivo sujeito passivo.

Já a nulidade causada por vício meramente formal, se refere a motivações localizadas na periferia do núcleo do lançamento previsto no art. 142 do CTN, como erros de digitação, falta de assinaturas, erros de data. Portanto, aqueles que não impliquem em impossibilidade de determinação do fato gerador, da matéria tributável, do montante do tributo devido e da identificação do efetivo sujeito passivo.

Nesse diapasão, verifico que consta como fundamento da decisão pela nulidade do Auto de Infração n.º 211322.3004/16-1, no ACORDÃO JJF N° 0111-04/18, que a sua motivação se deu por impossibilidade de determinação da base de cálculo, veja-se:

*“Há, portanto, nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 18, inciso IV do RPAF-BA/99. Grifei*

*Por tais razões voto pela Nulidade do Auto de Infração. ”*

Portanto, inexorável é a conclusão de que a nulidade se deu por vício material, que implica em não admitir a suspensão do prazo decadencial, ex vi do art. 173 do CTN:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*  
*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Grifei.*

Desta forma, passando ao exame da arguição de mérito fundada na alegação de que parte do período objeto do presente lançamento, estaria alcançado pela decadência por força do §4º, do Art. 150 do Código Tributário Nacional, especialmente aqueles que se referem aos fatos geradores ocorridos no exercício dos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013, devo registrar que tal cognição, conforme jurisprudência hodierna deste CONSEF, deve atender ao disposto no Incidente de Uniformização n.º PGE 2016.194710-0, com a correção proposta pelo Ofício Gab/PROFIS/PGE n.º 043/2016:

***“Incidente de Uniformização n.º PGE 2016.194710-0***

*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

*Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante n.º 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.*

*Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, pura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

*Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo*

*decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.*

Examinando os autos, verifico que as três infrações imputadas decorreram da falta de declaração da ocorrência do fato jurídico tributário, relativo às aquisições de mercadorias elencadas no demonstrativo constante das fls. 08 a 10 deste PAF, repercutindo assim, pela aplicação à matéria da orientação prevista na NOTA1 “b” do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, com a correção proposta pelo Ofício Gab/PROFIS/PGE n.º 043/2016, acima reproduzido.

Deste modo, resulta que a contagem do prazo de decadência será iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado. Ou seja, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2012, a contagem começaria em janeiro de 2013 e findaria em dezembro de 2017. E com relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, a contagem começaria em janeiro de 2014 e terminaria em dezembro de 2019.

Destarte, considerando a Súmula 12 deste CONSEF, que determina: “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.*” E levando-se em consideração que a ciência do contribuinte se deu em 26/12/2018, conforme documento à fl. 16, concluo estar fulminada pela decadência apenas as exigências tributárias relativas a todo o período do exercício de 2012, relativas às infrações 01, 02 e 03.

Quanto à alegação de que o Auto de infração não levou em consideração a verdade real, mas apenas a existência de omissões na escrituração fiscal que poderia acarretar no bis in idem, pagando duplamente as exações, e que a apuração fiscal incluiu na base de cálculo do ICMS a ser recolhido ao Estado da Bahia, valores correspondentes aos produtos adquiridos pela Impugnante com antecipação tributária, verifiquei que a defesa não apontou objetivamente as situações fáticas que se enquadrariam nestas arguições, nem os respectivos elementos probatórios, de modo que considero estes argumentos insubstinentes, com base no inciso IV do art. 8º e art. 153, todos do RPAF:

*Art. 8º As petições deverão conter:*

*IV - os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações;*

*Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.*

Destarte, voto pela Procedência Parcial, por reconhecer que as exigências tributárias do período de janeiro a dezembro de 2012 estão alcançadas pela decadência, resultando na redução do valor exigido quanto à infração 01, de R\$10.197,52, para R\$707,96, da infração 02, de R\$ 3.584,35, para R\$ 2.530,25 e da infração 03, de R\$ 8.488,95, para R\$ 7.523,14. De modo que o valor total exigido seja reduzido de R\$ 22.270,82, para R\$10.761,35

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº.211322.0050/18-9, lavrado contra a empresa M. DO S. DE S. SANTOS OLIVEIRA - EPP (SANTA BÁRBARA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO), devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.238,21 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e do

acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor **R\$7.523,14**, prevista no inciso IX, do mesmo dispositivo legal, em obediência a Lei nº 13.461/2015 c/cc alínea “c” do inciso II, art 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN), com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.583/05 de e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 18 de junho de 2020.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR