

PROCESSO - A. I. Nº 298958.2038/16-0
RECORRENTE - CASAS FREIRE.COM COMERCIAL DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0195-05/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F. Nº 0008-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 01. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS. INFRAÇÃO 02. Não é possível desconsiderar as quantias consignadas na EFD, para computar aquelas constantes de sistemas internos de informática do autuado, sob pena de violação da legalidade que deve reger os cálculos e a apuração dos montantes mensais devidos a título de ICMS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS (EFD). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Mesmo quando a obrigação acessória é relacionada a tributos sujeitos inicialmente ao lançamento por homologação, o prazo decadencial quinquenal para a autoridade fiscal constituir o crédito tributário é o definido pelo art. 173, I do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JJF nº 0195-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 08/12/2018, para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 107.174,78, sob a acusação do cometimento de 06 (seis) irregularidades, tendo sido contestadas apenas as de nºs 01, 02, 05 e 06, assim discriminadas pelo órgão da instância originária, *in verbis*:

“Infração 01 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$17.538,02, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 15 a 20, com o detalhamento dos períodos mensais, produtos comercializados e documentos fiscais emitidos.

Infração 02 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor exigido: R\$30.591,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “b”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 21 a 24, com o detalhamento dos períodos mensais, valores dos créditos e débitos de ICMS apurados, valores recolhidos e diferenças apuradas.

(...).

Infração 05 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Penalidade de 1% sobre o valor das entradas. Descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, com redução da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a alínea “c”, inc. II, do art. 106 do CTN. Valor exigido: R\$427,72. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 47/48, com o detalhamento das datas das ocorrências, notas fiscais não

escrituradas e respectivos valores.

Infração 06 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Penalidade de 1% sobre o valor das entradas. Descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$268,03. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 49/56, com o detalhamento das datas das ocorrências, notas fiscais não escrituradas e respectivos valores”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 06/11/2018 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 351 a 361), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 06 (seis) ocorrências, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As 04 primeiras ocorrências se referem a descumprimento de obrigação principal, relacionadas, respetivamente, à falta de recolhimento do imposto por declaração de operações tributáveis como não tributáveis (infração 01); recolhimento a menor do imposto lançado na escrita fiscal (infração 02); recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota (infração 03); e recolhimento a menor do ICMS pela falta de estorno do crédito do imposto relacionado às entradas de mercadorias beneficiadas com o tratamento previsto no Decreto Estadual nº 4.316/1995 (infração 04).

As duas últimas ocorrências (infrações 05 e 06) se referem a descumprimentos de obrigações acessórias, pela falta de registro de mercadorias tributáveis e não tributáveis.

O contribuinte, em sua última Manifestação nos autos, suscitou a decadência de parte dos créditos tributários lançados, visto que a intimação do ato de lançamento se deu em 19/12/2016, (doc. fl. 61), de forma que o imposto e as multas cobradas em relação aos fatos geradores anteriores a 19/12/2011 estariam extintos, em conformidade com a mais recente jurisprudência do CONSEF e Pareceres da Procuradoria do Estado da Bahia.

Essa questão foi levantada em relação às cobranças lançadas nos itens 02, 04, 05 e 06.

As controvérsias relacionadas com o tema da decadência no ICMS, encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), a contagem do prazo decadencial era unificada, sendo considerado como “dies a quo” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior, ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários) 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º da CF de 1967/69), quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, “b” da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN (Código Tributário Nacional), poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que a regulação normativa distinta por cada ente da federação, implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV/STF nº 08, não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e de prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário”. Todavia, foi indicado com bastante precisão, o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade de regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas, mais recentemente, decisões originárias do Tribunal de

Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº 0510938- 28.2013.8.05.0001 – Rel. Des. Des. Livaldo Reaiche Raimundo Britto, e Agravo Regimental nº 0566887-03.2014.8.05.0001/50000 - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº 1532105 -RR – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016), e no AgRg no REsp nº 131802015- RS – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS, para que essa temática da decadência fosse reanalisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição, se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de junho de 2008;

- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de junho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador); i

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior a 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB;

v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior a 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN.

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que o lançamento de ofício em exame foi formalizado com o objetivo de corrigir os atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte, em relação ao ICMS mensal, no tocante às infrações de recolhimento a menor do imposto, pelas razões já acima expostas. Todas as ocorrências citadas foram levadas à apuração pelo contribuinte na conta corrente do ICMS e devidamente informadas pelo mesmo ao fisco estadual, não havendo fato omissivo que demandasse a aplicação de roteiros de auditoria que envolvessem maiores investigações ou aprofundamentos na fase de apuração. Portanto, o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas.

Essas situações se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação, que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o lançamento e o pagamento, sem

prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade daqueles atos.

Importante ressaltar ainda, que a questão relativa à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que estabeleceu que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, deve também ser analisada a partir do que foi efetivamente decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 12/06/2008, o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, com efeito “ex nunc” (efeitos para frente), salvo em relação às ações judiciais propostas até 11/06/2008. A modulação de efeitos, teve em vista a repercussão e a insegurança jurídica que poderia se verificar em relação à possibilidade de repetição de indébitos de valores já recolhidos, administrativamente ou por execução fiscal, antes da decisão que declarou a inconstitucionalidade com efeitos vinculantes. Mas, não alcançou as questões pendentes, ou seja, em discussão nas esferas administrativa ou judicial.

Em decorrência, a declaração de inconstitucionalidade do STF alcançou não só a norma geral, ou seja, a Lei, que estava em desconformidade com a Carta Magna, mas também os atos administrativos que se fundamentaram na legislação inválida. Transcrevo o trecho de um Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido (pág. 729 daquele PAF): “Por conseguinte, reputamos ser apropriado à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicarem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008”.

Dessa forma, a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB, não seriam mais válidas assim como os atos administrativos que se fundamentassem nessa norma integrante do ordenamento jurídico do Estado da Bahia.

No caso concreto, o A.I. em exame foi lavrado em 08/12/2016, com ciência ao contribuinte em 19/12/2016, quando a SÚMULA VINCULANTE do STF nº 08, já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico. O entendimento ali consignado, portanto, é plenamente aplicável aos fatos geradores lançados neste Auto de Infração, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 298958.3028/16-0, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 19/12/2016, os fatos geradores anteriores a 19/12/2011, relacionados com as infrações 02 e 04, foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário: (...)

V – a prescrição e a decadência.

As infrações relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias, que compõem os itens 05 e 06 da peça de lançamento, não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pois se referem a obrigações de fazer (registrar notas fiscais), não havendo em relação às mesmas, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Em decorrência, se submetem ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I do CTN, que tem início a partir do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Logo, os débitos lançados para as infrações acessórias não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2016 para formalizar o lançamento de ofício.

Passo doravante ao exame de cada uma das infrações que compõem a peça de lançamento, em relação aos valores remanescentes, após a exclusão daqueles extintos pela decadência.

Em relação à infração 01, que não foi objeto da arguição de decadência, a cobrança recaiu sobre a falta de recolhimento do imposto por ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Essa infração totalizou o montante de R\$17.538,02, abrangendo as ocorrências de fev. a out. de 2012, set. a dez. de 2013 e nov de 2014. O Demonstrativo de Débito dessa infração está inserido às fls. 15 a 20 dos autos e abrangeu operações com diversos produtos, entre eles, pendrives, cases, DVDs, estofados, televisores, ventiladores, liquidificadores, camas, fornos micro-ondas, tablets, cadeiras etc.

Essa cobrança foi submetida à revisão da ASTEC, não sendo constatada na revisão da conta corrente fiscal do contribuinte, a desconformidade entre a SPED EFD ICMS do contribuinte e os documentos fiscais emitidos nos respectivos períodos mensais. Registre-se que até prova em contrário, o SPED/EFD fiscal em que se baseou a fiscalização, constitui a escrita oficial do contribuinte, não prevalecendo registros em papel, que não possuem qualquer validade legal. Ademais o contribuinte não apontou de forma específica onde estariam as divergências alegadas nas peças de defesa. A ASTEC, por sua vez, observou que o contribuinte não procedeu a qualquer retificação na sua escrita fiscal digital (EFD). Em decorrência, fica mantida a Infração 01 em sua totalidade.

Na infração 02, relacionada ao recolhimento a menor do ICMS por desconcontro entre os valores escriturados e pagos pelo contribuinte, foi acolhida a decadência dos créditos tributários lançados entre 28/02/2011 e

31/10/2011. Excluída dessa exigência fiscal, em razão da caducidade, a quantia de R\$12.148,02.

No que se refere aos valores remanescentes, a cobrança está respaldada nos Demonstrativos de fls. 22 a 24 deste PAF. Por sua vez, o Demonstrativo de Débito apresentado pela revisão da ASTEC à fl. 93, lista valores superiores aos que foram apurados na ação fiscal, com acréscimo de meses que não constavam do lançamento inicial, a exemplo do ocorrido em dezembro de 2012 e em janeiro de 2013. Neste aspecto, a revisão do lançamento não pode agravar a situação fiscal do contribuinte.

No tocante à alegação de recolhimentos a maior expostos na Manifestação após diligência, o contribuinte poderá se valer do procedimento de restituição de indébito, não cabendo na fase do contencioso a autoridade julgadora fazer compensações de valores, por se tratar de processos submetidos a ritos e autoridades fazendárias distintas no que se refere à competência legal. Neste item da autuação, portanto, subsiste tão somente as cobranças não alcançadas pela decadência, conforme demonstrativo de débito integrante do Auto de Infração, para os meses de jun, set, out e nov. de 2012, fev, mai e dez. 2013 e jan, ago, set e dez de 2014, no importe principal de R\$18.443,68, em conformidade com o que foi apurado na ação fiscal.

A infração 03 não foi contestada pela defesa. Abrange ocorrências do exercício de 2012, e contempla a acusação de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas operações de saídas de mercadorias. Essa cobrança está respaldada no Demonstrativo de fl. 25 dos autos, e totalizou a cifra principal de R\$167,70. Item PROCEDENTE.

A Infração 04 está relacionada ao recolhimento a menor do ICMS, pela falta de estorno do crédito do imposto nas entradas de mercadorias beneficiadas com o tratamento previsto no Decreto Estadual nº 4.316/1995, que trata de benefícios fiscais concedidos ao setor dedicado à fabricação de produtos de informática, eletrônicos e telecomunicações, por estabelecimentos industriais localizados no Estado da Bahia, especialmente no Polo de Informática de Ilhéus.

Foi acolhida a decadência dos créditos tributários lançados entre 31/01/2011 e 30/11/2011. Excluída dessa exigência fiscal, em razão da caducidade, a quantia de R\$5.029,27.

No que refere aos valores remanescentes, observo que essa cobrança está respaldada nos Demonstrativos de fls. 26 a 46 deste PAF. Na revisão efetuada pela ASTEC, que resultou no Parecer Técnico nº 00011/2018 (fls. 89/94), foi consignado pelo diligente que os valores apropriados a título de crédito fiscal, foram inferiores aos apurados pela fiscalização na ação fiscal. Foram apresentados como exemplo, os valores escrituralmente lançados para as notas fiscais 52 e 277, conforme detalhado pelo revisor às fls. 91 e 92 dos autos. A ASTEC não emitiu Parecer conclusivo quanto às repercussões desse procedimento adotado pelo contribuinte, em razão do grande volume de notas fiscais de entradas envolvidas nas operações, em torno de 2.400 documentos. Da mesma forma, não foi o revisor conclusivo quanto ao tratamento dado às mercadorias nas operações de saídas, também pelo grande volume de documentos fiscais envolvidos na apuração, dizendo apenas que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas e isentas.

O autuante limitou-se a apor o seu ciente no que se refere às inconsistências apontadas na revisão fiscal, sem nada acrescentar. Diante desse cenário, acolho a tese defensiva para declarar a nulidade dos valores remanescentes da infração 04, após a exclusão dos fatos geradores alcançados pela decadência, compreendendo o período entre abril de 2012 a dezembro de 2015, considerando que as divergências de valores de créditos fiscais apropriados são significativas, na amostra apresentada pela ASTEC, e o volume de documentos fiscais envolvidos demandaria a realização de uma nova ação fiscal. Observo ainda que o simples fato do contribuinte ter lançado nos livros fiscais créditos de ICMS, não configura por si só descumprimento de obrigação principal, sendo necessário demonstrar, se efetivamente esses créditos foram compensados com débitos do imposto na conta corrente do ICMS.

O item 04 da autuação é, portanto, improcedente no que se refere aos fatos verificados entre 31/jan/2011 e 30/nov/2011, em razão da decadência, e nulo em relação às demais ocorrências.

Em relação às parcelas anuladas, recomenda-se a renovação da ação fiscal, a fim de que se verifique se o procedimento adotado pelo contribuinte gerou prejuízo para a Fazenda Pública Estadual.

No que se refere às infrações 05 e 06, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias, o contribuinte deu entrada no estabelecimento, de mercadorias, bens e serviços sujeitos à tributação e não tributados, sem o devido registro na escrita fiscal. Não acolhemos a alegação defensiva de decadência para estes itens, com base nas disposições do art. 150, § 4º do CTN, conforme fundamentação já exposta linhas acima. No que tange às demais questões de mérito, o contribuinte não impugnou essas cobranças. Esses itens do A.I. relacionados ao descumprimento de obrigações instrumentais pela falta de registro de notas fiscais de aquisição, são, portanto, PROCEDENTES, nos valores respetivamente de R\$427,72 e R\$268,03.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor principal de R\$36.845,15, conforme composição abaixo, por item autuado:

Infração 01 – R\$17.538,02 – PROCEDENTE;

*Infração 02 – R\$18.443,68 – PROCEDENTE EM PARTE;
Infração 03 – R\$ 167,70 – PROCEDENTE;
Infração 04 – R\$ 0,00 – PARTE IMPROCEDENTE E PARTE NULA;
Infração 05 – R\$ 427,72 – PROCEDENTE;
Infração 06 – R\$ 268,03 – PROCEDENTE”.*

Respalado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/99), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 372 a 376, no qual inicia fornecendo endereço para correspondências processuais.

Suscita a invalidade do item 02 da autuação, pois, segundo alega, não houve desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados, mas sim o refazimento da conta corrente fiscal, conforme se verifica nos demonstrativos de fls. 21 a 24.

Ratifica o pleito de reconhecimento da decadência do direito do Estado de lançar, nas infrações 05/06, os valores anteriores a 19/12/2011, uma vez que foi cientificado da lavratura na data de 19/12/2016.

No mérito da primeira e da segunda imputações, a despeito da falta de comprovação de retificação da EFD (Escrituração Fiscal Digital), sustenta que não há operações tributáveis qualificadas como não tributáveis. O que aconteceu foi que cometeu erros na elaboração da escrita, mas sem repercussão na apuração do imposto devido. O cálculo dos valores a pagar não foi elaborado com base na EFD, mas sim nos sistemas internos, inexistindo resíduos a recolher, o que pede para provar por meio de diligência.

Registra-se a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, o advogado do Autuado, Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026.

VOTO

O recorrente suscitou a invalidade da imputação nº 02, sob o argumento de que não houve desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados, mas sim refazimento da conta corrente fiscal, conforme se verifica nos demonstrativos de fls. 21 a 24.

A acusação resulta de pagamento a menor do ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração, o que está devidamente traduzido nas planilhas de fls. 21 a 24, por meio das colunas “*DebSaída*”, “*DebTotal*”, “*CredEntr*”, “*SdCredAnt*”, “*CredTotal*”, “*SdApur*”, “*IcmsRecolher*”, “*ValRecolhido*” e “*Diferença*”.

O fato de a Fiscalização ter consignado os totais normalmente utilizados para a apuração mensal do tributo, não significa que a refez, mas sim que buscou demonstrar a origem dos valores devidos (coluna “*IcmsRecolher*”) e aqueles efetivamente pagos, com as suas respectivas diferenças.

Constata-se, no item II da fl. 85, que a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) solicitou diligência à ASTEC/CONSEF, tendo, neste momento sim, requerido a revisão da conta corrente fiscal, baseada nas notas fiscais de saída dos períodos auditados, com vistas a verificar se efetivamente ocorreu pagamento a menor do ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

A Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC/CONSEF), alcançou montantes maiores do que aqueles inicialmente lançados (fls. 22 e 93), motivo pelo qual a JJF – acertadamente -, manteve os primeiros, com exceção daqueles alcançados pela caducidade.

Consoante o que expôs o i. relator “*a quo*”:

“No que se refere aos valores remanescentes, a cobrança está respaldada nos Demonstrativos de fls. 22 a 24 deste PAF. Por sua vez, o Demonstrativo de Débito apresentado pela revisão da ASTEC à fl. 93, lista valores superiores aos que foram apurados na ação fiscal, com acréscimo de meses que não constavam do lançamento inicial, a exemplo do ocorrido em dezembro de 2012 e em janeiro de 2013. Neste aspecto, a revisão do lançamento não pode agravar a situação fiscal do contribuinte”.

Rejeitada a preliminar de nulidade da infração 02.

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 (Código Tributário Nacional), 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.

Relativamente às obrigações acessórias, não há que se falar no referido dispositivo legal complementar (art. 150, § 4º do CTN), uma vez que em tais hipóteses inexistente o que homologar; ou seja, os lançamentos ocorrem de ofício.

Mesmo quando a obrigação acessória é relacionada a tributos sujeitos inicialmente ao lançamento por homologação, o prazo decadencial quinquenal para a autoridade fiscal constituir o crédito tributário é o definido pelo art. 173, I do CTN. Esse é o entendimento consolidado do STJ, conforme exemplificam os seguintes julgados, literalmente:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 80 DA LEI Nº 4.502/64. PRAZO DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. IPI. SAÍDA DO PRODUTO DO ESTABELECIMENTO COM SUSPENSÃO DO TRIBUTO. DECLARAÇÃO EMITIDA PELO ADQUIRENTE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 29 DA LEI Nº 10.637/02. [...] O crédito tributário objeto do presente feito, se refere à multa aplicada com base no art. 80 da Lei nº 4.502/64, por falta de lançamento do valor do IPI na respectiva nota fiscal. Trata-se, portanto, de obrigação acessória, cuja constituição se sujeita ao lançamento de ofício previsto no art. 149 do CTN e atrai a regra do art. 173, I, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial. 273 Os fatos geradores da obrigação acessória ocorreram no período de abril a setembro de 2004 e o prazo decadencial para o lançamento de ofício do respectivo crédito teve início em 1º de janeiro de 2005, de forma que o lançamento ocorrido em outubro de 2009 não foi atingido pela decadência, haja vista ter sido efetivado antes do decurso do prazo quinquenal de que trata o art. 173, caput, e inciso I, do CTN. [...]” (REsp 1528524/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015).

“TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I, DO CTN. A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência. Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI. 274 [...]” (REsp 1055540/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009).

De fato, não poderia ser outra a interpretação, tendo que o descumprimento de obrigação tributária acessória gera a aplicação de penalidade, consubstanciando a previsão realizada pelo art. 149, VI do CTN, de efetivar lançamento de ofício do crédito tributário na modalidade multa.

Rejeitada a prejudicial de decadência (infrações 05/06).

Todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros deste órgão colegiado estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito da primeira e da segunda imputações, o sujeito passivo alegou que, a despeito da falta de comprovação de retificação da EFD (Escrituração Fiscal Digital), não há operações tributáveis qualificadas como não tributáveis. O que aconteceu, segundo disse, foi que cometeu erros na elaboração da escrita, mas sem repercussão na apuração do imposto devido. O cálculo dos valores a pagar não foi elaborado com base na EFD, mas sim nos sistemas internos, inexistindo resíduos a recolher.

De acordo com o que já se disse, a escrita fiscal (EFD) do contribuinte já foi analisada por meio de diligência elaborada pela ASTEC/CONSEF, e se chegou à correta conclusão da PROCEDÊNCIA da infração 01 e PROCEDÊNCIA PARCIAL da infração 02, devido à decadência.

Não é possível desconsiderar as quantias consignadas na EFD para computar aquelas constantes de sistemas internos de informática do autuado, sob pena de violação da legalidade que deve reger os cálculos e a apuração dos montantes mensais devidos a título de ICMS.

Em referência ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal:

“§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Decisão mantida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.2038/16-0**, lavrado contra **CASAS FREIRE.COM COMERCIAL DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.149,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$695,75**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS