

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 115969.0032/18-0
<b>RECORRENTE</b>	- SULTEC BAHIA FITAS INDUSTRIAIS LTDA.
<b>RECORRIDO</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0146-03/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / INFAZ VAREJO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 24/01/2022

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO C/JF Nº 0357-11/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

O presente processo diz respeito ao Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em face da decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 115969.0032/18-0, lavrado em 18.10.2018, ciente na mesma data, no valor original de R\$337.088,36, pelo cometimento de uma única infração, assim definida:

*Infração 01 – 02.01.02:*

*Deixou de recolher nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.*

Consta em complemento:

*Exercício de 2013 - Contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS. Foi devidamente intimado a apresentar os mesmos em 01/08/2018, conforme documento anexo. Foi constatado que o contribuinte emitiu notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 2013 e não escriturou no livro de Saídas, não declarou os seus valores nas DMAs e nem apurou o ICMS devido referente a estas notas fiscais no livro Registro de Apuração do ICMS, tudo conforme demonstrativo anexo, relação de notas fiscais emitidas constantes no sistema de informação da Secretaria da Fazenda, cópias de notas fiscais (DANFES) e cópias dos livros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS anexos ao Auto de Infração.*

Após a análise efetuada do Auto de Infração, a Defesa apresentada pela autuada, protocolada em 17.12.2018, fls. 764 a 780, e a Informação Fiscal presta pelos autuantes, protocolada em 23.07.2020, fls. 792 a 793, em sessão do dia 14.09.2021, por meio do Acórdão JJF nº 0146-03/21, fls. 804 a 810, assim se pronunciou a Junta Julgadora:

*O defendente alegou que a Fiscalização cerceou o seu direito de defesa, afirmando que não foram encaminhados os seguintes documentos: (i) planilha discriminando nota por nota emitida; (ii) planilha discriminando mês a mês os valores dos juros; (iii) não encaminhou/considerou mês a mês os valores dos juros; (iv) não comunicou a existência de correção monetária.*

*Disse que a ausência de indicação dos elementos de conclusão adotados pela autoridade fiscal quando da lavratura do Auto de Infração, implica sua nulidade. Concluiu que a ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do Auto de Infração em tela é patente, impondo sua nulidade, posto que os valores cobrados não podem ser tidos como devidos, pela inobservância dos mais elementares princípios legais vigentes.*

*Observe que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA, compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são*

*instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.*

*Por outro lado, durante a fiscalização, o procedimento fiscal é unilateral, não se exigindo a observância do contencioso e da ampla defesa, haja vista que durante a fiscalização, o contribuinte ainda não está sendo acusado de nada, não se sabendo se será apurada alguma irregularidade. Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, lavra-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa.*

*O ponto tratado pelo defendente, se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham, bem como, a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas), que serviram de base para a autuação fiscal.*

*Quanto a esta alegação, observo que o lançamento fiscal está embasado nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, conforme fls. 07/71 do PAF. O autuado está devidamente identificado à fl. 01, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e não foi apresentada qualquer contestação quanto aos levantamentos fiscais e aos valores apurados.*

*À fl. 800 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado, constando como data de ciência 29/03/2021, e reaberto o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. Portanto, o defendente tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, inexistindo cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, alegado pelo autuado.*

*As multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração, com a multa correspondente. Na presente autuação houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e da multa aplicada, inexistindo obrigatoriedade de indicação de correção monetária e juros, que são apurados no ato de quitação do débito.*

*Conforme estabelece o art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11/12/1981, os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares, ficarão sujeitos a acréscimos moratórios. Esses acréscimos moratórios, serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento (§ 1º).*

*Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. Como já mencionado, o Autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.*

*Considerando que o lançamento foi efetuado por falta de pagamento tempestivo do imposto, tal fato, implica exigência dos valores devidos com os acréscimos tributários e multas, e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, prevê a indicação do percentual de multa cabível, inexistindo possibilidade de lavratura de Auto de Infração com indicação de acréscimos tributários, como entendeu o defendente.*

*Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, o autuado se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.*

*O autuado alegou que o procedimento fiscal restou finalizado em 18/10/2018, pelo que se encontra operada a decadência em relação aos créditos com mais de cinco anos, contados deste período, portanto, extintos eventuais créditos anteriores a 18/10/2013, nos termos do art. 156, V do CTN, e, como consectário lógico, não mais podem ser cobrados do contribuinte. Citou o art. 150, § 4º do CTN, aplicável à espécie dos autos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.*

*Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “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”.*

*O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.*

*Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.*

*O entendimento que vem prevalecendo, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.*

*A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago, e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:*

- 1. Débito tributário declarado e pago: há homologação tácita do lançamento (pagamento), após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150 do CTN.*
- 2. Débito não declarado e não pago: aplicação também direta das disposições do art. 173, I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.*

*Considerando que no levantamento fiscal se apurou imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.*

*Na informação fiscal, foi apresentado o entendimento de que não se aplica o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, porque o contribuinte agiu com dolo, fraude e simulação, cabendo assim, aplicar o disposto no inciso I do art. 173 do CTN.*

*No presente processo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2013, têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2018. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/10/2018, tendo ciência do Contribuinte na mesma data, quando ainda não havia se configurado a decadência para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.*

*Quanto à necessidade de se verificar a existência de crime tributário (mencionado pelos autuantes na informação fiscal), apurando se houve dolo ou culpa no cometimento das irregularidades constantes no Auto de Infração, a competência para aplicar sanção penal é do Poder Judiciário, tendo em vista que constitui crime contra a ordem tributária, suprimir ou reduzir tributo, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário e propor aplicação da penalidade cabível.*

*No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, cabe a este Órgão Julgador julgar o litígio decorrente do lançamento efetuado e em razão de impugnação apresentada, obedecendo aos princípios do contraditório, verdade material, informalismo e da garantia de ampla defesa, conforme previsto no Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto 7.592/99. Assim, conforme estabelece o mencionado Regimento Interno, passo a analisar a autuação fiscal, com base nos elementos constantes neste PAF.*

*No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, constando na descrição dos fatos que o Contribuinte, obrigado a escriturar livros fiscais de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, foi devidamente intimado a apresentar os mesmos em 01/08/2018. Foi constatado que o contribuinte emitiu notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 2013, e não escriturou no livro de Saídas, não declarou os seus valores nas DMAs e nem apurou o ICMS devido referente a estas notas fiscais, no livro Registro de Apuração do ICMS; tudo conforme demonstrativo anexo, relação de notas fiscais emitidas constantes no sistema de informação da Secretaria da Fazenda, cópias de notas fiscais (DANFes), e cópias dos livros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS anexos ao Auto de Infração.*

*Atualmente, a Fiscalização utiliza a Escrituração Fiscal Digital (EFD), que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.*

*Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado, por meio dos arquivos da EFD, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, e tais registros, devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias.*

*Observe que os fatos não foram comprovados pelo autuado nas razões de defesa, e os dados numéricos do levantamento fiscal, também não foram contestados, haja vista que em sua impugnação o autuado apresentou*

*preliminares de nulidade e de decadência, além de contestar a multa aplicada. Disse que houve cerceamento ao seu direito de defesa, afirmando que não foi encaminhada a planilha discriminando nota por nota emitida.*

*Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, para que fosse expedida intimação ao autuado, com a entrega de cópias da informação fiscal e demonstrativos elaborados pelos autuantes, e que fosse reaberto o prazo de defesa.*

*À fl. 800 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado, constando como data de ciência 29/03/2021, e reaberto o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.*

*No Demonstrativo Analítico às fls. 20/79 do PAF, constam os seguintes dados: número da nota fiscal, CNPJ e IE do destinatário, data de emissão, valor, chave de acesso, base de cálculo e ICMS devido. A planilha sintética (fls. 07 a 19), indica os valores apurados de cada Nota Fiscal e totalização mensal, bem como, a alíquota aplicada.*

*Não acato as alegações defensivas, haja vista que no presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado, conforme demonstrativo anexado ao PAF, relativamente às Notas de Saídas, fato não comprovado pelo defendente. Portanto, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto.*

*Entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de que não cometeu a irregularidade apurada, para elidir a exigência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente, considerando que se trata de comprovação que está na posse do autuado.*

*Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 100%, conforme estabelece o art. 42, inciso III, “g” da Lei 7.014/96.*

*Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que os documentos fiscais não escriturados, correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.*

Ciente da decisão acima apresentada, inconformada e tempestivamente, devidamente assistida pelos prepostos jurídicos Dulcimar César Fukushima, AOB-PR nº 20.312 e Ana Carolina Rohr Fukushima, OAB/PR nº 33.974, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 04.11.2021, fls. 820 a 829, buscando a reforma da mesma, objeto de análise, que ora faço.

Inicialmente, a Recorrente diz da tempestividade do seu Recurso, estando o mesmo atendendo ao disposto no RPAF, artigo 171, demonstrando, cronologicamente, o que afirma, para em seguida apresentar uma SÍNTESE do processo, da lavratura do Auto de Infração até a apresentação do presente recurso, onde destaca o que é reclamado pelos autuantes do que originou a sua defesa inicial, não acatada pela Junta Julgadora.

Sequenciando, a Recorrente, aborda o que denomina DA DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO.

Destaca que a autuação teve por base fatos geradores compreendidos no período de Janeiro a Dezembro de 2013, sendo que a ciência só lhe foi dada em 18.10.2018, conforme constante no processo, o que, segundo seu entendimento, determina a impossibilidade de poder a mesma prosperar, no período de 01 de janeiro a 18 de outubro, à vista da prescrição estabelecida pelo CTN, artigo 156, inciso V e 174.

Aponta também a decadência para tais fatos segundo o que dispõe o mesmo CTN, no artigo 150, § 4º, ao considerar o princípio da homologação que não foi feita pelo Estado por omitir-se quanto à fiscalização de tais atos, destacando: **“Sendo este o entendimento, cristalino que qualquer valor anterior a 18/10/2013 são inexigíveis”.**

Diz que, no presente caso, não se pode, como deseja o fisco, utilizar-se da regra esculpida no artigo 173, inciso I, do CTN, desde quando *“que a data para constituição definitiva do crédito tributário é a data em que o Contribuinte declara e efetua o pagamento, pelo que o reconhecimento da prescrição na fase administrativa é medida que se impõe como meio de se privilegiar aos princípios da eficiência, motivação, isonomia e da razoabilidade que regem o processo administrativo”*.

Em seguida a Recorrente aborda em seu recurso o que destaca como **INCERTEZA, ILIQUIDEZ E INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO**.

Sobre o tema, a Recorrente, diz não haverem os autuantes apresentado relações com as descrições que deem suporte à autuação, destacando: *“planilha discriminando nota por nota emitida; planilha discriminando mês a mês os valores dos juros e existência de correção monetária”*.

Afirma que, desta forma, com a ausência de documentos e demonstrativos que suportem a autuação, está configurado o cerceamento ao seu direito de defesa, o que torna nulo o Auto de Infração.

Diz que o Auto de Infração, para atender à segurança jurídica, deveria consignar os elementos que fornecessem os elementos de convicção da autoridade fiscal, através de documentação hábil, o que, afirma, não ocorreu, limitando-se a apresentar mera soma de valores, principal, multa e juros.

Citando Samuel Monteiro, in: **Tributos e Contribuições**, Hemus Editora Limitada, 2ª. Edição, 1.991, pág. 159, diz que o Auto de Infração, assim como os documentos que lhe suportam, devem refletir a *“verdade econômica-fiscal ocorrida e constatada ou verificada pessoalmente pelo autuante”*.

Diante do que argumenta declara que tal situação deixa claro o enquadramento da autuação no que determina o RPAF, no Artigo 18, que transcreve.

Aduz que, diante da incerteza e da dúvida da origem da infração, torna, também, duvidosa a sua existência, o que leva a possibilidade de contestação ao que pretende.

E cita Samuel Monteiro, como abaixo:

*“O controle que o Poder Judiciário exercerá no caso, verificará os motivos do ato, a sua conformidade formal e material com a lei em seu sentido amplo, e os aspectos extrínsecos e o intrínsecos do ato, valorando juridicamente sua eficácia e validade, e examinando os aspectos fáticos frente à lei e à ocorrência material dos mesmos. E invalidará o ato ou manterá. Por isso que o ato administrativo-fiscal, sendo regido e vinculado, não ficará ao bel prazer do discricionarismo da administração fazendária ou previdenciária (STF, RE 88.121/PR, 1ª Turma, RTJ 90/1.020)”<sup>1</sup>*

Faz referência ao artigo 783, do Código de Processo Civil que limita a liquidez de uma dívida à sua real existência, o que, diz, não ocorre no caso presente, por não se saber o quanto vai atingir a cobrança pretendida.

Analisa também a Recorrente os valores definidos na autuação a título de “Juros e Correção Monetária”, invocando o Decreto nº 33.118, de 14.03.1991, que no artigo 630, determina:

*Artigo 630 - O imposto, quando não pago até o dia indicado na legislação, fica sujeito a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração, não capitalizáveis, que incidirão (Lei 6.374/89, art. 96).*

Apresenta a forma de cálculo apresentada no Auto de Infração, onde diz não compreender de que forma é o cálculo efetuado pois, o valor da infração tem por base de cálculo seis vezes que ela, o que leva a entender que o Estado está capitalizando juros e que a ordem jurídica admite juros de somente 1% ao mês. E pede o expurgo da capitalização efetuada pelo Estado ante tal cálculo apresentado.

Sequenciando, a Recorrente, trata **DA APLICAÇÃO DA MULTA**, dizendo não ter o mesmo amparo na legislação vigente, afrontando os princípios da capacidade contributiva e do não confisco, citando ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, que transcreve.

Apresenta também julgados de tribunais superiores que, afirma, coadunam com o que expõe e considerando a impropriedade da multa, destaca:

*“Veja-se que o efeito confiscatório é cristalino, sendo assim, resta demonstrado o claro caráter confiscatório e injusto da medida punitiva aplicada pelo Estado no presente caso. Portanto, roga-se pela exclusão dos créditos, ou, não sendo o entendimento, sua redução, a fim de que se atinja de maneira adequada sua finalidade e seja exarada em acordo com os princípios constitucionais tributários”.*

Passa a tratar da **PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**, quando afirma que o fisco não pode olvidar a função social que ela tem, dizendo que o próprio STJ tem priorizado este aspecto em seus julgamentos, aliás, cumprindo o que determina a Carta Magna, no artigo 1º, quando define os fundamentos da República Federativa do Brasil, afirmando:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I – a soberania;*

*II – a cidadania;*

*III – a dignidade da pessoa humana;*

*IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*

Menciona ainda o artigo 145, transcrevendo-o, que trata da capacidade contributiva, que deve nortear o ente tributante no trato com os contribuintes.

Após tecer alguns comentários a respeito da sobrevivência das empresas, apresenta os

PEDIDOS:

Por todo o exposto, demonstrada a insubsistência da ação fiscal, espera e requer o acolhimento do presente RECURSO dando-lhe integral provimento, cancelando-se o débito fiscal e determinando o arquivamento do procedimento em face das razões de fato e de direito aduzidas por ser medida de salutar JUSTIÇA!

## VOTO

O teor da lide no presente processo cinge-se à análise de duas preliminares suscitadas pela Recorrente: a de nulidade, argumentada com base no que dispõe a Lei nº 7.014/96, artigo 18, e do reconhecimento da decadência de cobrança dos tributos, argumentada com base no que dispõe o CTN no artigo 150, § 4º.

Inicialmente, analiso a preliminar de nulidade em que a Recorrente afirma não haverem os autuantes apresentado a documentação comprobatória do que determinou a lavratura do Auto de Infração, o que teria implicado no cerceamento de defesa de sua parte, destacando que deveria ter-lhe sido fornecido *“planilha discriminando nota por nota emitida; planilha discriminando mês a mês os valores dos juros e existência de correção monetária”*.

E, complementa: *“O auto de infração deveria, sob o manto da segurança jurídica, consignar os elementos de convicção da autoridade fiscal, pautados através da documentação hábil, de forma a permitir a formulação de defesa adequada, o que não ocorreu, eis que foi omissa em pontos relevantes, se limitando a mera soma dos valores principal, juros e multas, sem, contudo, apontar os fatos e elementos que geraram e a importância supostamente devida”*.

Além do Auto de Infração estar revestido de todas as formalidades legais, atendendo em tudo o que preconiza o RPAF, do que tomou ciência a Recorrente, a afirmativa da mesma não tem fundamento. Constam do processo cópias das notas fiscais citadas pelos autuantes, planilhas demonstrativas do tributo reclamado, não ocorrendo, como afirmado, a limitação *“à mera soma*

*dos valores principal, juros e multas”, pelo que, entendendo não socorrer à mesma o que pretende, rejeito a preliminar de nulidade.*

Superada a preliminar de nulidade, adentro à análise ao pedido de reconhecimento de decadência de parte do montante reclamado na autuação, pelos autuantes, mantida pela Junta Julgadora na decisão de piso.

A decadência do direito que tem o Estado de reclamar o recolhimento de tributos está definida no Código Tributário Nacional, nos artigos 150, § 4º e 173, inciso I.

Dizem os respectivos normativos:

*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.*

(...)

*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;*

Como descrito pelos autuantes em sua Informação Fiscal, fls. 792 a 793: “No exercício de 2013, o contribuinte estava obrigado a escriturar os livros fiscais e não existia a obrigatoriedade de envio de Escrituração Fiscal Digital (EFD)”.

Logicamente, analisando com base na responsabilidade que tem a autoridade administrativa de zelar pelos direitos que tem o Estado, sob o prisma do que determina o CTN, considerando que a Recorrente recolhia normalmente os tributos apurados em periodicidade mensal, não laborou a fiscalização em verificar se tal regularidade estava consoante ao que estabelece a legislação.

Ora, se o contribuinte não estava sujeito ao envio da EFD, motivo maior para que não se desse margem a ocorrência de decadência dos direitos do Estado.

Como comprovado pelos autuantes, e consta do processo, a Recorrente escriturou seus livros fiscais, transcritos pelos prepostos fiscais, o Registro de Saídas, fls. 702 a 760, e o Registro de Apuração do ICMS, fls. 689 a 701, onde se pode verificar que em todos os meses do exercício de 2013, teve resultado positivo para o fisco, não tendo indicação de não recolhimento de tributos relativos ao período.

A afirmativa dos autuantes de que “A Secretaria da Fazenda só poderia verificar, comprovar e conferir os lançamentos efetuados nos livros fiscais após realização de ação fiscalizatória”, beira a uma confissão de inação por parte da administração tributária, buscando apenas em 2018, precisamente no mês de outubro, efetuar verificação de regularidade fiscal do exercício de 2013.

Como consta do processo, a Recorrente efetuou lançamentos em sua escrita fiscal, apurou tributo a recolher, efetuou os recolhimentos, e se ocorreu recolhimento a menor, caberia ao Estado promover a verificação dos fatos, devendo ele responder pela omissão praticada, ainda mais que o direito de reconhecimento da decadência está totalmente amparado pelo que dispõe o CTN no artigo 150, § 4º.

Estranha a afirmativa dos autuantes, segundo os quais, a Recorrente agiu com dolo, quando em realidade, a autoridade administrativa, sim, omitiu-se do cumprimento do seu dever de efetuar a fiscalização, tendo tanto tempo para executá-la, pelo que submete-se à decadência os fatos geradores do período de janeiro a setembro de 2013, não se sujeitando aqueles referentes ao mês

de outubro, em face de a apuração do ICMS ser efetuada em períodos mensais e a ciência da autuação haver sido efetuada em data de 18.10.2018.

Desta forma, cabe ao Estado o direito aos tributos não atingidos pela decadência, ou seja, os valores correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de Outubro a Dezembro de 2013, como abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	VALOR DO ICMS
31.10.2013	09.11.2013	24.001,52
30.11.2013	09.12.2013	25.993,92
31.12.2013	09.01.2014	34.953,42
<b>TOTAL A RECOLHER</b>		<b>84.948,86</b>

Assim, com base no que determina a legislação pertinente, e à luz do que consta nos autos do processo, REJEITO a preliminar de NULIDADE suscitada pela Recorrente, e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração em apreço PARCIALMENTE PROCEDENTE, condenando a Recorrente ao recolhimento o valor de R\$84.948,86, acrescidos da multa de 100%, nos termos do que determina a Lei nº 7.014/96, artigo 42, inciso III.

#### VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia, divirjo do voto do i. Relator Conselheiro em relação eminentemente ao aspecto de ter imperado a Decadência relativa aos fatos geradores até 18/10/2018, nos termos arguidos no Recurso Voluntário ora em exame. Então Vejamos:

Primeiramente há de se destacar a infração, que assim se apresenta:

*Infração 01 – 02.01.02: Deixou de recolher nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.*

#### **Consta em complemento:**

*Exercício de 2013 - Contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS. Foi devidamente intimado a apresentar os mesmos em 01/08/2018, conforme documento anexo. Foi constatado que o contribuinte emitiu notas fiscais eletrônicas de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 2013 e não escriturou no livro de Saídas, não declarou os seus valores nas DMAs e nem apurou o ICMS devido referente a estas notas fiscais no livro Registro de Apuração do ICMS, tudo conforme demonstrativo anexo, relação de notas fiscais emitidas constantes no sistema de informação da Secretaria da Fazenda, cópias de notas fiscais (DANFES) e cópias dos livros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS anexos ao Auto de Infração. (Grifo acrescido)*

Pois bem! Neste contexto, diferentemente do afirmado no voto do i. Relator Conselheiro desta 1ª CJF, não consta do presente PAF qualquer registro e muito menos prova documental de que a Recorrente teria efetuado os lançamentos em sua escrita fiscal, por conseguinte, apurado o tributo a recolher e efetuado os recolhimentos que entendera ser o devido nas operações objeto do presente lançamento fiscal; e que por isso, a omissão praticada estaria amparada pelo que dispõe o CTN no artigo 150, § 4º, contando o prazo decadencial a partir da data da ocorrência do fato gerador, vez que caberia ao Estado promover a verificação dos fatos, ou seja, verificar antes de imperar a decadência, se de fato houvera recolhimento a menos do ICMS, devendo, assim, responder pela omissão praticada.

Entretanto, aqui, diferentemente do entendimento do Relator Conselheiro, **considerando que no levantamento fiscal se apura imposto não declarado e não pago**, decorrente de operações de saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios, significa dizer, como posto no VOTO condutor de primeira instância da Decisão recorrida - *Acórdão 3ª JF nº 0146-03/21-VD* - que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN, isto é, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em perfeita sintonia com o Incidente de Uniformização da PGE 2106.194710/10-0.



Neste sentido, não há que se falar em Decadência de quaisquer das ocorrências objeto do Auto de Infração nº **115969.0032/18-0**, em epígrafe.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO 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, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **115969.0032/18-0**, lavrado contra **SULTEC BAHIA FITAS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$337.088,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: José Rosivaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva e Anderson Ítalo Pereira.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR/VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS