

A. I. N° - 232185.0030/19-9
AUTUADO - JOSÉ CARLOS DIAS VIANA
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ SERTÃO FORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0162-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Item subsistente. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Item subsistente em parte. Acatada a arguição de decadência. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Considerações de defesa elidem em parte esses itens da autuação. Declarada decadência, de ofício, em relação a algumas das datas de ocorrência, na forma do art. 150, § 4º do CTN. Itens subsistentes em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/12/2019, para constituir crédito tributário no valor de R\$189.892,69, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme demonstrativo resumo de fl. 7 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46. Lançado ICMS no valor de R\$2.708,18, com enquadramento no artigo 8º, inciso II e §3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96

INFRAÇÃO 2 – 07.01.02: Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme demonstrativo resumo de fl. 8 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46. Lançado ICMS no valor de R\$87.592,78, com enquadramento no artigo 8º, inciso II e §3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96

INFRAÇÃO 3 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, conforme demonstrativo de fl. 9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46. Lançado ICMS no valor de R\$16.248,74. Lançado ICMS no valor de R\$16.248,74, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal

INFRAÇÃO 4 – 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme demonstrativo de fl. 10/15 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46. Lançado ICMS no valor de R\$21.169,36. Lançado ICMS no valor de R\$21.169,36, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 5 – 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, conforme demonstrativo de fl. 25/44 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 46. Lançado Multa no valor de R\$62.173,69, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012, tipificada no inc. IX, da Lei nº 7.014/96

O sujeito passivo, às fls. 52/55 dos autos, apresenta defesa administrativa, com documentos anexos, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Diz ser uma empresa estabelecida à Rua Flamengo, n 245, Amaralina, Bom Jesus da Lapa-Bahia, inscrita no CNPJ 96.724.968/0001-30, inscrição estadual 59.108.728, cujo objeto social é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados, em que pleiteia a anulação do Auto de Infração de número 2321850030/19-9, expedido em 26/12/2019 e recebido em 23/01/2019, onde, devido a suspensão dos prazos por força do Decreto nº 19.572/2020, é que estamos dando entrada nesta data, pelos motivos que expõe a seguir:

I. DAS RAZÕES PARA A ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que o agente Autuante não levou em consideração que no mesmo período a empresa pagava o ICMS de acordo com a entrada de mercadoria no estabelecimento, e portanto, existe pagamento do ICMS parcial em competências diferentes da data de emissão, conforme discriminado abaixo e comprovantes, que aduz anexar, isso relativo às infrações 3 e 4:

- a) notas fiscais nºs. 2769 e 104309, competência de janeiro de 2014, pagas em março de 2014;
- b) notas fiscais nºs. 55919, 12950, 22959, 24038, 24039, 420, 5538 e 39123, competência fevereiro de 2014, pagas em março de 2014;
- c) nota fiscal nºs. 379, competência agosto de 2014, pago em setembro de 2014;
- d) notas fiscais nºs 67912 e 6840, competência fevereiro de 2015, pagos em março de 2015;
- e) notas fiscais nºs 5152 e 521974, competência maio de 2015, pagos em junho de 2015;
- f) notas fiscais nºs 61813, 540873, 540874, 13714, competência julho de 2015, pagos em agosto de 2015;

Quanto relação a infração 5, diz que o agente Autuante não considerou a retificação autorizada, conforme comprovante de autorização e comprovante de envio das retificações dos exercícios autuados, 2014 e 2015.

Em relação as infrações 1 e 2 (da responsabilidade por substituição), diz que, a Impugnante, é sujeito passivo do ICMS no regime de substituição tributária prevista no artigo 45 do Código Tributário Nacional, ou seja, a lei determina que ela é responsável pelo pagamento do tributo desde a ocorrência do fato gerador no lugar do contribuinte.

Assim, diz que, desde o nascimento da obrigação tributária, o responsável já é sujeito passivo. O substituto legal tributário tem não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

II. DA HOMOLOGAÇÃO E PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Registra que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte emite a nota fiscal, discrimina o tributo e efetua o recolhimento deste aos cofres públicos estadual, através da guia de recolhimentos. Ou seja, faz o pagamento com base em apuração realizada por ele próprio.

Por isso, diz-se **pagamento antecipado**, porque feito antes do lançamento (antes da participação da autoridade administrativa). A extinção do crédito tributário não se verifica com o pagamento,

mas com a soma deste com a homologação do lançamento (art. 150, § 4o, do CTN).

Em vista desta antecipação de pagamento, é permitido ao Fisco homologá-lo em um prazo **decadencial** de 5 anos, contados a partir do fato gerador. O transcurso *in albis* do quinquênio decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, provocará o **procedimento homologatório tácito**, segundo o qual perde o Fisco o direito de cobrar uma possível diferença, vindo a reboque a perda do direito de lançar. Destarte, extingue-se definitivamente o crédito tributário, conforme o art. 156, VII, do CTN.

Uma vez que o fato gerador ocorreu nos meses janeiro e novembro de 2014, o Fisco deveria ter homologado o lançamento no período de setembro e dezembro de 2019. Porém, o Auto de Infração nº 232185.0030/19-9 data de 26 de dezembro de 2019 e, portanto, expirado o prazo quinquenal, decaiu o direito do Fisco em efetuar um novo lançamento e, por conseguinte, é devido o cancelamento do referido documento, com base no disposto pelos artigos 150, § 4o e 156, VII do CTN.

III. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Tendo em vista a apresentação da presente Impugnação, requer-se que a i. Autoridade Administrativa reconheça a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido no Auto de Infração nº 4.508.670, em razão da existência do artigo 151, III do CTN que confere tal direito.

IV. DOS PEDIDOS

Diante do exposto requer-se:

- a. o recebimento da presente Impugnação, uma vez que tempestiva e pertinente;
- b. que seja cancelado o Auto de Infração, em razão da decadência, conforme artigos 150, § 4o e 156, VII do CTN; bem como, as alegações dos itens 1 e 2;
- c. que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente Auto de Infração, conforme dispõe o artigo 151, III, do CTN;
- d. caso não seja pelo cancelamento do Auto de Infração, o entendimento da lima. Autoridade Administrativa, que este, então, seja revisado e que eventuais valores remanescentes sejam lançados em novo Lançamento com novo prazo para apresentação de defesa.

Às fls. 86/87, vê-se Informação Fiscal, produzida pelo Fiscal Autuante, que a seguir passo a descrever:

I. DAS RAZÕES DE DEFESA

Em relação as Infrações 03 e 04, diz que a defendente alega que pagava o ICMS de acordo com a entrada de mercadoria no estabelecimento e, portanto, existe pagamento de ICMS parcial em competência diferente da data de emissão.

Quanto as Infrações 01 e 02, registra que a defendente alega que o Fisco tem o prazo decadencial de 5 anos para homologação; não o fazendo implica em homologação tácita. O fato gerador ocorreu no período de janeiro a novembro de 2014, portanto decaído o direito do Fisco em lançamento.

E a Infração 05, diz que a defendente alega que não se considerou a retificação autorizada dos arquivos conforme recibos apensos às folhas 62 a 80 deste PAF.

II. DA INFORMAÇÃO FISCAL

II.1 INFRAÇÕES 03 E 04

“QUE as notas fiscais de entrada foram lançadas no Anexo 08 (folhas 19 a 24) - DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL EM OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO) - pela data de registro de entrada no estabelecimento a partir da EFD.

QUE TODOS OS RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL NO Período constam no anexo 07 (folha 18) - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL).

QUE TODOS OS RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL NO PERÍODO (ANEXO 07) foram cotejados com os valores devidos apurados (ANEXO 08) resultando nos demonstrativos RESUMOS ANEXOS 05 E 06.

QUE qualquer recolhimento extemporâneo está considerado como pagamento no mês de competência.”

II. 2 INFRAÇÕES 01 E 02

QUE o período de ocorrência dos fatos geradores vai desde janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

QUE há duas situações: Infração 01 deixou de efetuar o recolhimento do ICMS e Infração 02 recolhimento a menor de ICMS.

QUE na Infração 01 não houve qualquer lançamento; portanto, inexistente homologação explícita ou tácita de lançamento.

*QUE na Infração 02 não houve declaração de débito. Houve apenas o recolhimento parcial de um tributo, sem informar ao Fisco Estadual a Base de Cálculo e o montante devido. O STJ fez **publicar a súmula 555** em dezembro de 2015 com o intuito de pacificar o entendimento, com o seguinte enunciado:*

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

“Art. 173-0 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;

INFRAÇÃO 05

1. QUE o Autuado se encontrava sob ação fiscal ciente desde 14/10/2019 conforme intimação apensa à folha 6 deste PAF.

2. QUE o início do procedimento fiscal (art 26 do RPAF) exclui a espontaneidade do contribuinte.

A-0192-12.05

... da origem ou das causas da irregularidade, não tem respaldo legal, haja vista que iniciado o procedimento fiscal exclui a espontaneidade do autuado para regularização de débitos apurados no período, objeto da ação fiscal, tendo o sujeito passivo, após...

COLEÇÃO: Acórdãos do CONSEF

III. DA CONCLUSÃO

Conclui, então, que o Autuado não elide a ação fiscal. Solicita que o presente auto de infração seja julgado procedente.

Às fls. 89 vê-se despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando a este Relator, para instrução e julgamento do presente PAF.

VOTO

O Auto de Infração em tela, lavrado em 26/12/2019, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ SERTÃO PRODUTIVO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 504798/19, constituiu o presente lançamento fiscal, de exigência de crédito tributário no montante de R\$189.892,69, decorrente de irregularidades concernentes à legislação do ICMS, relativo a 5 (cinco) infrações, conforme descrito na inicial dos autos, sendo todas impugnadas.

A infração 1 refere-se à falta de recolhimento do imposto (ICMS), por sua vez a infração 2, diz respeito a recolhimento a menos, também do imposto (ICMS), sendo que as duas se relacionam ao ICMS por Antecipação Total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, relativo aos anos de 2014 e 2015, respectivamente, com lançamento do imposto nos valores de R\$2.708,12 e R\$87.592,78, com enquadramento no artigo 8º, inciso II e §3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc.

II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96

Por outro lado, a infração 3 refere-se à falta de recolhimento do imposto (ICMS), e a infração 4 diz respeito a recolhimento a menos, também do imposto (ICMS), sendo que as duas se relacionam ao ICMS Antecipação Parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, com fins de comercialização, nos anos de 2014 e 2015, com lançamento do imposto nos valores de R\$16.248,74 e R\$21.169,36, respectivamente, com enquadramento no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

Por fim, a infração 5 diz respeito à cobrança de multa no valor de R\$62.173,69, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2014 e 2015, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, tipificada no inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, como preliminar de mérito, o sujeito passivo argui a decadência em relação, especificamente, às infrações 1 e 2, sob o manto dos artigos 150, § 4º; e 156, inc. VII do CTN.

Diz que é sujeito passivo do ICMS no regime de substituição tributária, prevista no artigo 45 do Código Tributário Nacional, ou seja, a lei determina que ela é responsável pelo pagamento do tributo, desde a ocorrência do fato gerador.

Assim, diz que desde o nascimento da obrigação tributária, o responsável já é sujeito passivo. Aduz, então, que o substituto legal tributário tem não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco.

Registra que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte emite a nota fiscal, discrimina o tributo e efetua o recolhimento deste aos cofres públicos, através da guia de recolhimentos. Ou seja, faz o pagamento com base em apuração realizada por ele próprio. Aduz então, que esse ***pagamento antecipado*** é feito antes do lançamento, ou seja, antes da participação da autoridade administrativa.

Destaca que a extinção do crédito tributário não se verifica com o pagamento, mas com a soma deste com a homologação do lançamento (art. 150, § 4º do CTN). Em vista desta antecipação de pagamento, é permitido ao Fisco homologá-lo em um prazo **decadencial** de 5 anos, contados a partir do fato gerador. O transcurso do quinquênio decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, provocará o ***procedimento homologatório tácito***, segundo o qual, perde o Fisco o direito de cobrar uma possível diferença, vindo a reboque a perda do direito de lançar. Destarte, extingue-se definitivamente o crédito tributário, conforme o art. 156, VII do CTN.

Pois bem! Observo que em relação às demais infrações cometidas, há ocorrência de fatos geradores também no ano de 2014, mais especificamente em relação às infrações 3 e 4, que enseja deste Relator Julgador, de ofício, também a análise desses créditos, sob o manto da ocorrência da decadência, como assim fora arguido pelo Contribuinte Autuado, em relação às infrações 1 e 2 do Auto de Infração em tela.

Como bem destacou o sujeito passivo, em sede de defesa, no âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN), editado pela Lei nº 5.172/66. Observa-se que nos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º do CTN, remete à contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, e não haja a ocorrência de

dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

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.(grifo Acrescido)

Por sua vez, o art. 173, inciso I do CTN, remete à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“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;”

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido, de fato, na forma posta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150, § 4º do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN).

No caso do Auto do Infração em análise, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário das infrações 1 e 2, relativo aos fatos geradores ocorridos nos meses janeiro e novembro de 2014, como também o de dezembro de 2014, além dos créditos tributários das infrações 3 e 4, não arguidos, que dizem respeito ao ICMS Antecipação Parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, relativo ao mesmo período, isto é, em relação aos fatos geradores até a data de ciência do presente procedimento fiscal, ou seja, até o dia 23/01/2020, data em que foi formalizado, através de AR/Correios (fl. 49), para cobrar crédito tributário relativo ao ICMS Antecipação Total (artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96), e ICMS Antecipação Parcial (artigo 12-A da Lei nº 7.014/96), pois **enseja a aplicação do prazo decadencial, então previsto no art. 150, § 4º do CTN**, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo, é com a materialização dos fatos geradores.

Neste sentido, diferentemente do entendimento do agente Fiscal Autuante, não vejo presente nos autos a situação de ocorrência fiscal que se enquadra nas disposições contidas no inciso I, do art. 173 do CTN, pois se tratam de operações registradas na escrita fiscal do Contribuinte Autuado, vez que o agente Fiscal não trouxe qualquer elemento probante na constituição do lançamento, nem em sede de Informação Fiscal, que ateste o contrário, **como também, não há como aplicar a exceção do § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal**, em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, e posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

No caso das infrações 1, 2, 3 e 4, o defendente lançou as operações que ensejava a cobrança do ICMS Antecipação Total, bem assim ICMS Antecipação Parcial, com isso efetuando o pagamento da quantia devida do imposto (ICMS) a menos, ou mesmo deixando de pagar o imposto, **em razão eminentemente por equívoco**, ao meu ver, na interpretação da legislação competente,

mesmo porque o agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, não traz qualquer informação que ateste o contrário.

Desta forma, entendendo que não se vê nos autos hipóteses de dolo, fraude ou simulação nas ocorrências das acusações, relativo às imputações de nºs 1, 2, 3 e 4, como também qualquer manifestação do agente Fiscal Autuante de tais ocorrências, conta-se então o prazo decadencial a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN destacado acima.

Aliás, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas, acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Neste contexto, os fatos geradores que ocorreram até a data de ocorrência de 23/01/2020, relativos às infrações de nºs 1, 2, 3 e 4, porquanto a ciência do Auto de Infração ter ocorrido em 23/01/2020, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devendo considerar homologados os lançamentos e definitivamente extinto o crédito, por ter sido efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador.

Vejo também a ocorrência de constituição de lançamento do ano de 2014, em relação à infração 5, que diz respeito à cobrança de multa acessória 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que entrou no estabelecimento do defendente, sem o devido registro na escrita fiscal.

Em relação aos termos desta infração cometida, a regra de decadência a ser aplicada é a do art. 173, inc. I do CTN, em que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, neste caso, em comento não há qualquer data de ocorrência constituída que houvera imperado a decadência, o que também não fora arguido pelo defendente.

Passando então à análise do mérito das infrações imputadas no Auto de Infração nº 232185.0030/19-9, em tela, assim discorro:

A infração 1, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Antecipação Total e a infração 2, que também se relaciona a ICMS Antecipação Total, neste caso, por recolhimento a menos, sendo as duas com enquadramento no artigo 8º, inciso II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012; não se tem, nos autos, qualquer arguição de improcedência quanto à constituição da base de cálculo e cobrança do imposto.

Em sendo assim, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente a infração 1, vez que não há data ocorrência que tenha imperado a decadência; e subsistente parcialmente a infração de nº 2 do Auto de Infração em tela, por excluir das autuações as datas de ocorrência que imperaram a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário na forma anteriormente destacado.

Logo os saldos das Infrações 1 e 2 ficam assim constituídos:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico (R\$) Auto de Infração	Ocorrência	Valor Histórico (R\$) Após Julgamento
31/01/2015	09/02/2015	2.708,12	Procedente	2.702,12
Total da Infração 01		2.708,12		2.702,12

Data Ocorr	Data Vencdo	Valor Histórico (R\$) Auto de Infração	Ocorrência	Valor Histórico (R\$) Após Julgamento
31/01/2014	09/02/2014	1.892,92	Decadência	0,00
28/02/2014	09/03/2014	4.446,05	Decadência	0,00
31/03/2014	09/04/2014	4.432,72	Decadência	0,00
30/04/2014	09/05/2014	4.128,11	Decadência	0,00
31/05/2014	09/06/2014	12.043,41	Decadência	0,00
31/07/2014	09/08/2014	17.014,57	Decadência	0,00
31/08/2014	09/09/2014	2.151,76	Decadência	0,00
30/09/2014	09/10/2014	1.798,95	Decadência	0,00
31/10/2014	09/11/2014	6.676,06	Decadência	0,00
30/11/2014	09/12/2014	1.713,49	Decadência	0,00
31/12/2014	09/01/2015	4.151,72	Decadência	0,00
31/01/2015	09/02/2015	1.116,58	Procedente	1.116,58
28/02/2015	09/03/2015	4.501,26	Procedente	4.501,26
31/03/2015	09/04/2015	814,59	Procedente	814,59
30/04/2015	09/05/2015	3.825,43	Procedente	3.825,43
31/05/2015	09/06/2015	302,02	Procedente	302,02
30/06/2015	09/07/2015	3.824,09	Procedente	3.824,09
31/10/2015	09/11/2015	10.893,68	Procedente	10.893,68
31/12/2015	09/01/2016	1.865,37	Procedente	1.865,37
Total da Infração 02		87.592,78		27.143,02

A infração 3, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial e a infração 4, que também se relaciona a ICMS Antecipação Parcial, neste caso, por recolhimento a menos, sendo as duas com enquadramento artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96; têm-se nos autos, arguição de pagamento das antecipações parciais em relação a algumas das notas fiscais objeto da autuação, inclusive, tendo o defendente acostado os comprovantes de pagamentos, com os registros das autenticações nos DAE's competentes.

Tratam-se das notas fiscais a seguir relacionadas: (1) notas fiscais nºs. 2769 e 104309, competência de janeiro de 2014, pagas em março de 2014; (2) notas fiscais nºs. 55919, 12950, 22959, 24038, 24039, 420, 5538 e 39123, competência fevereiro de 2014, pagas em março de 2014; (3) nota fiscal nº. 379, competência agosto de 2014, pago em setembro de 2014; (4) notas fiscais nºs 67912 e 6840, competência fevereiro de 2015, pagos em março de 2015; (5) notas fiscais nºs 5152 e 521974, competência maio de 2015, pagos em junho de 2015; (6) notas fiscais nºs 61813, 540873, 540874, 13714, competência julho de 2015, pagos em agosto de 2015;

Em sede de informação, o agente Fiscal Autuante não traça qualquer análise consistente sobre as considerações de defesa trazidas aos autos, apenas faz comentário sem qualquer substancia com a realidade dos fatos arguidos.

Pois bem! À luz do § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, poder-se-ia determinar ao agente Fiscal Autuante corrigir as incorreções do lançamento, ou mesmo, produzir nova informação fiscal, nos termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, em relação aos termos das imputações de nº 3 e 4, do Auto de Infração em tela, todavia, dado à pequena quantidade de itens de pagamento arguido na defesa, em respeito ao princípio da celeridade processual, este Julgador Relator, fez a averiguações devidas nos demonstrativos de débitos das autuações, com as documentações apresentadas pela defesa.

O que se observou, é que resta razão ao sujeito passivo, suas arguições de defesa relativas às infrações 3 e 4. Em sendo assim, este Julgador Relator fez as exclusões que efetivamente restaram comprovados os pagamentos das antecipações, no caso em tela, todas as notas fiscais arguidas. Cabe destacar, que algumas das notas fiscais que de fato restaram comprovados os pagamentos do ICMS Antecipação, foram excluídas da atuação, também, por ter imperado o direito da Fazenda Pública de constituir o lançamento.

Logo, os demonstrativos de débitos remanescentes das infrações 3 e 4, após excluídas as datas de ocorrências que imperaram o direito da Fazenda Pública constituir o lançamento fiscal, assim como as notas fiscais que restaram comprovados os pagamentos do ICMS Antecipação Parcial, restaram assim demonstrado:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico (R\$) Auto de Infração	Ocorrência	Valor Histórico (R\$) Após o Julgamento
28/03/2014	09/03/2014	4.012,62	Decadência	0,00
30/06/2014	09/07/2014	3.083,25	Decadência	0,00
31/10/2014	09/11/2014	2.500,95	Decadência	0,00
31/01/2015	09/02/2015	38,80	Procedente	38,80
28/02/2015	09/03/2015	4.207,69	Proc em Parte	3.759,96
31/12/2015	09/01/2016	2.405,43	Procedente	2.405,43
Total Remanescente Infração 3		16.248,74		6.204,19

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico (R\$) Auto de Infração	Ocorrência	Valor Histórico (R\$) Após o Julgamento
31/01/2014	09/02/2014	1.145,30	Decadência	0,00
31/07/2014	09/08/2014	6.895,16	Decadência	0,00
31/08/2014	09/09/2014	1.307,02	Decadência	0,00
30/09/2014	09/10/2014	5.038,87	Decadência	38,80
31/05/2015	09/06/2015	3.047,40	Proc em Parte	2.861,38
31/07/2015	09/08/2015	1.683,75	Improcedente	0,00
30/11/2015	09/12/2015	2.051,86	Procedente	2.051,86
Total Remanescente Infração 4		21.169,36		4.952,04

Por fim, a infração 5, que diz respeito à cobrança de multa no valor de R\$62.173,69, por ter dado entrada no estabelecimento, de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2014 e 2015, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012, tipificada no inc. IX da Lei nº 7.014/96, o sujeito passivo não argui a falta de registro de quaisquer dos registros apontados no levantamento fiscal, apenas registra, que o agente Fiscal Autuante não considerou a retificação autorizada, conforme comprovante de autorização e comprovante de envio das retificações dos exercício autuados, 2014 e 2015.

Em sede de Informação Fiscal, o Autuante diz que o Contribuinte Autuado se encontrava sob ação fiscal, com ciência desde 14/10/2019, nos termos do documento acostado à fl. 6 dos autos. Também acrescenta, que o início do procedimento fiscal (art. 26 do RPAF/BA), exclui a espontaneidade do contribuinte.

De fato, não vejo qualquer documentação nos autos que prove autorização para o envio das EFD pelo defendente, com o procedimento fiscal iniciado. Observa-se que todos os recibos de entrega da Escrituração Fiscal Digital (EFD) retificadora, acostados aos autos, em sede de defesa, tem a informação de data de envio em 29/11/2019, quando o Termo de Início de Fiscalização, por DTE, tem como data de postagem 08/10/2019, com data de ciência e leitura 14/10/2019.

Portanto, vejo restar razão ao agente Fiscal Autuante. Tendo iniciado a Fiscalização, a legislação não autoriza a entrega de EFD Retificadora sem a anuência da Fiscalização. Não vejo, portanto, nos autos, qualquer autorização ou mesmo termos de intimação para apresentação de qualquer EFD retificadora expedido pela Fiscalização, na forma do § 2º, do art. 251 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente a infração 5, por restar demonstrado que o Contribuinte Autuado deixara de registrar na sua escrita fiscal, os documentos constantes dos demonstrativo de fls. 25 a 44 dos autos. Infração subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

INFRAÇÃO	RESULTADO	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA
01 - 07.01.01	PROCEDENTE	2.708,12	2.708,12	60%
02 - 07.01.02	PROCEDENTE EM PARTE	87.592,78	27.143,02	60%
03 - 07.15.01	PROCEDENTE EM PARTE	16.248,74	6.204,19	60%
04 - 07.15.02	PROCEDENTE EM PARTE	21.169,36	4.952,04	60%
05 - 16.01.01	PROCEDENTE	62.173,69	62.173,69	---
TOTAL		189.892,69	103.181,06	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0030/19-9**, lavrado contra **JOSÉ CARLOS DIAS VIANA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.007,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$62.173,69**, prevista no art. 42, IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios legais, conforme estabelece na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 20211.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA