

PROCESSO	- A. I. N° 280080.0004/15-0
RECORRENTE	- INDÚSTRIA MECÂNICA BRASILEIRA DE ESTAMPOS IMBE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0112-04/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0024-11/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. CANCELAMENTOS IRREGULARES DE NF-es. A lide assentada pelo Acórdão recorrido, se deu em razão da diferença de interpretação da legislação tributária concernente ao instituto da decadência capitulados nos artigos 150, §4º e 173, I, todos do CTN. Nesta segunda esfera administrativa já se debruçou sobre esse assunto em diversos processos, alinhando o entendimento de que, se houver pagamento no mês do fato gerador, se conta a decadência nos moldes do artigo 150, §4º do CTN, ou seja, 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. Contrariamente ao dito no parágrafo anterior, quando não ocorre o pagamento do tributo, nesse caso aplicar-se-ia o que determina no art. 173, I do CTN. Consultando ao sistema de pagamento da SEFAZ é possível constatar que o sujeito passivo possui recolhimentos para os referidos meses autuados, portanto, configurando a ineficácia da autuação. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário nos termos do art. 169, inc. I, letra “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0112-04/21-VD, da 4ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$51.472,61, decorrente de quatro acusações fiscais abaixo identificadas:

1- 02.01.03 - Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Referente a Notas fiscais eletrônicas de saídas devidamente autorizadas e lançadas no Livro Registro de Saídas, como canceladas. ICMS exigido no valor de R\$9.204,36, acrescido da multa de 60%.

Inconformada com o Auto de Infração a autuada procedeu à impugnação, questionando basicamente a decadência de todas as imputações, alicerçada no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª JJF:

“VOTO

O presente Auto de infração, lavrado em 27/12/2015, diz respeito à exigência de ICMS, no valor total de R\$51.472,61, em face das seguintes acusações:

- 1- *Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Referente a Notas fiscais eletrônicas de saídas devidamente autorizadas e lançadas no Livro Registro de Saídas, como canceladas.*
- 2- *Recolhimento a menos do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*
- 3- *Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.*
- 4- *Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. A parcela de ICMS a recolher nesta infração decorre de erro de cálculo do ICMS Desenvolve antecipado devido, por não ter considerado as exclusões determinadas na legislação.*

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 30/12/2010, com base /no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

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”.

Durante muito tempo, inclusive à época da lavratura do Auto de Infração, ocorrido em 27/12/2015, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF, a PGE/PROFIS promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes, a questão da decadência, com emissão de parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, nos seguintes termos:

- 1 - 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.
- 2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.
- 3 - Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:
 - a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
 - b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
 - c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando

tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

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

No caso presente, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que em relação às infrações 02, 03 e 04, o autuado declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio, e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

O fato da fiscalização ter apurado a posteriori valor que entendeu ter contribuído para ocorrer o recolhimento a menos do imposto por erro na determinação do valor da base de cálculo, não autoriza o lançamento do imposto com base na regra do Art. 173, I do CTN, já que não houve débito declarado e não pago, e não se verificou a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Isto posto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 30/12/2015, vez que tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 30/12/2015, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores relativos às infrações 02, 03 e 04, pois referem-se aos meses de março a novembro de 2010 (infração 02); maio e julho de 2010 (infração 03), e janeiro a dezembro de 2010, infração 04.

Situação diferente ocorre em relação à infração 01, onde não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, já que as operações objeto da presente exigência não foram oferecidas à tributação, portanto, não houve pagamento do imposto em relação às ditas operações.

No mérito, a infração 01 diz respeito à falta de pagamento do imposto, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo o art. 123 do RPAF/99, porém, não houve questionamento do imposto reclamado ou de qualquer cálculo constante da autuação. Portanto, aplico as disposições contidas no art. 143 do RPAF/99, abaixo transcrito:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em assim sendo, a infração 01 subsiste em sua totalidade.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal, e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto, legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, de acordo com o disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, consoante artigos 158 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$9.204,36, tendo em vista a exclusão da infração 02, 03 e 04, em razão da aplicação da decadência.

Irresignado com a decisão de piso, exarada pela 4ª JJF, o Contribuinte, representado por seu Advogado, Dr. Tiago de Oliveira Brasileiro, OAB/MG nº 85.170, impetrou Recurso Voluntário (fls. 126 a 141) combatendo a Decisão recorrida.

Em decorrência do acatamento do cancelamento das infrações 02, 03 e 04, em razão do acatamento da peça defensiva no sentido de as mesmas terem sido alcançadas pelo instituto da decadência, o Recurso Voluntário se ateve apenas na defesa da infração 01.

Na peça defensiva aponta a tempestividade do ato, menciona as datas da ciência (fl.141) e do protocolo da mesma.

Faz relato de todas as infrações, pontuando que os supostos fatos geradores teriam ocorrido entre 28/02/2010 e 31/12/2010. Aduz sobre a Decisão recorrida que concordou com a decadência aplicadas às infrações 02, 03 e 04, estribado no art. 150, §4º do CTN. Na mesma toada menciona que evidenciou-se o caráter confiscatório da multa de 60%, além de relembrar a Diligência (fl. 69) pedida pela Junta de Julgamento Fiscal, visando esclarecer se nos cálculos do Autuante, em relação às infrações 03 e 04 foram realizadas as deduções do saldo credor não relacionado à atividade industrial, nos termos do item nº 3 da Instrução Normativa nº 27/09 (Desenvolve).

O autuante então relembra que o Auditor estanho ao feito, consignou em seu despacho que as infrações já tinham sido alcançadas pela decadência, citando o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, para que a 2ª JJF se pronunciasse sobre a continuidade da Diligência em razão da decadência das infrações.

De fundo, pede a reforma do Acórdão, entendendo que a infração 1 também teria sido alcançada pela decadência, nos moldes do art. 150, §4º do CTN.

Relembra a infração 01 que diz respeito à *falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Referente a Notas fiscais eletrônicas de saídas devidamente autorizadas e lançadas no Livro Registro de Saídas, como canceladas*, com ocorrência de fato gerador 28/02/2010, aduzindo que os julgadores consideraram que essa infração não estaria abarcada pela decadência em razão do não pagamento do suposto tributo devido, aplicando-se o regramento do art. 173, I do CTN, o qual estabelece que o prazo de decadência começa a fruir a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Cita a Súmula nº 555 do STJ e outras jurisprudências acerca da decadência quando não ocorre o pagamento do tributo, nesse caso aplicar-se-ia o que determina no art. 173, I do CTN e diz não ser esse o caso da Infração 1, pois existe pagamento no mês de fevereiro/2010, e desta forma os julgadores deveriam considerar decaído o direito da constituição do crédito tributário, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Desta forma, rebate o entendimento exarado no Acórdão Recorrido, vez que a Recorrente procedeu corretamente a declaração e recolhimento do ICMS devido na competência fevereiro/2010, conforme determina o art. 255 do RICMS/BA. Pontua ainda que não houve quaisquer dolos, omissão, fraude ou simulação que desse azo a exceção do §4º, do art. 150 do CTN.

Finaliza reclamando que no Acórdão recorrido não foi analisado o pleito de redução ou cancelamento da multa de 60%, mencionado o art. 159 do RPAF/BA, que poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal ao apela da equidade, trazendo aos autos diversas jurisprudências sobre o aspecto confiscatório das multas.

Ao fim a ao cabo pede a reforma do Acordão recorrido.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo, atendendo ao que determina o art. 171 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), desta forma o acolho.

A lide assentada pelo Acórdão recorrido, se deu em razão da diferença de interpretação da legislação tributária concernente ao instituto da decadência capitulados nos artigos 150, § 4º e 173, I, todos do CTN.

Essa Câmara já se debruçou sobre esse assunto em diversos processos, alinhando o entendimento

de que, se houver pagamento no mês do fato gerador, se conta a decadência nos moldes do artigos 150, §4º do CTN, ou seja, 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.

Contrariamente ao dito no parágrafo anterior, quando **não** ocorre o pagamento do tributo, nesse caso aplicar-se-ia o que determina no art. 173, I do CTN.

Consultando o sistema SIGAT em mesa de Julgamento é possível constatar que o sujeito passivo possui recolhimento no mês de fevereiro/2010, no regime normal indústria. A exemplo dos valores R\$1.876,50 e R\$1.950,00 (recolhidos em 11/02/2010) e mais, R\$14.906,50, recolhido em 09/03/2010.

A análise dos aspectos confiscatórios da multa, restam prejudicados em razão do acatamento da tese defensiva.

Desta forma, ACOLHO o Recurso Voluntário, pugnando pela reforma da Decisão de piso para considerar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 280080.0004/15-0, lavrado contra INDÚSTRIA MECÂNICA BRASILEIRA DE ESTAMPOS IMBE LTDA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 280080.0004/15-0, lavrado contra INDÚSTRIA MECÂNICA BRASILEIRA DE ESTAMPOS IMBE LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS