

PROCESSO - A. I. N° 269184.0010/21-7  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0100-03/22-VD  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0286-12/22-VD**

**EMENTA: ICMS.** FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Extinto o crédito tributário referente às ocorrências anteriores a 30.06.2016, nos termos do art. 150, inciso V do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2021, exigindo ICMS no valor de R\$ 714.144,57, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Consta que as mercadorias alvo da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, que havendo a comprovação do recolhimento do imposto, encerraria a fase de tributação. Entretanto, após inúmeras tentativas feitas pela fiscalização, o Autuado não comprovou os respectivos recolhimentos do ICMS ST. Sendo assim, cabe ao Estado cobrar o imposto normal objeto dessa infração, e o substituído nas Saídas correspondentes. As ocorrências se deram nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. (Infração 002.001.003).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.31/34, onde alegou prazo decadencial, conforme artigo 150, V do CTN. Pontuou entendimento firmado através do Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, sendo que fora ratificado conforme a Sumula nº 11 do CONSEF. Disse que as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas por decadência.

No mérito das questões materiais, comenta e reconhece que todas as notas fiscais foram emitidas regularmente, com destaque do imposto devido, exceto algumas delas, detectadas pelo fisco, que não contiveram o lançamento do imposto por falha na emissão. Informa que foi emitido 26.485 notas fiscais, no entanto, sendo 539 em 2016; 208 em 2017 e 252 em 2018, ou seja, 3,77%, o que caracteriza falha de emissão e não erro proposital. Pede pela procedência parcial, com exclusão dos valores contestados.

Os Autuantes prestam a informação fiscal fls. 40/41, onde disseram que a alegação da contagem do prazo decadencial, entende que não tem competência para opinar sobre tal matéria, cabendo ao julgador estabelecer estes prazos. Em relação ao mérito da autuação, verificaram que o Impugnante concordou com o entendimento do fisco de que houve emissão de notas fiscais de saída sem lançamento do imposto, ratificando a procedência do Auto de Infração.

Após das devidas deliberações, do autuado e do autuante, a JJF proferiram decisão conforme o voto condutor abaixo:

**VOTO**

*Preliminarmente, embora não tenha sido questionado pela defesa qualquer defeito quanto às formalidades a serem seguidas para lavratura do Auto de Infração, que caracterizam sua legitimidade, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, demonstrativos contidos no CD fls.19/23, entregue ao autuado, assim como foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.*

*Não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos correspondentes à irregularidade imputada.*

Dessa forma, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defensor arguiu decadência. Afirmou que considerando a apuração do ICMS por períodos mensais, com o acontecimento da ciência em 05/07/2021, as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas por decadência. Aponta que devem então ser excluídas do lançamento as ocorrências de janeiro a maio de 2016.

Analizando esta alegação, verifico que assiste razão ao defensor no que se refere às ocorrências registradas até 30/05/2016. Sobre a decadência, assim 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 desse mesmo artigo, 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 firmado no CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, 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. Ratifica o entendimento da PGE a Sumula N° 11 do CONSEF.

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.

No caso em exame verifica-se que as operações autuadas foram registradas, ainda que de forma defeituosa, operações tributáveis como não tributáveis, o que implica dizer que a declaração do contribuinte deveria ser homologada. Desta forma, se aplica a regra estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, e a contagem do prazo é de 5 anos, a partir da ocorrência do fato gerador.

Considerando que o sujeito passivo tomou conhecimento do presente Auto de Infração em 05/07/2021, as ocorrências anteriores a 30 de junho de 2016, relacionadas no levantamento fiscal estão extintas pela decadência, nos termos do inciso V, art. 156 do CTN.

No mérito, o presente processo exige ICMS sob acusação de falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Consta que as mercadorias alvo da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, que havendo a comprovação do recolhimento imposto, encerraria a fase de tributação. Entretanto, após inúmeras tentativas feitas pela fiscalização, o Autuado não comprovou os respectivos recolhimentos do ICMS ST. Sendo assim, cabe ao Estado cobrar o imposto normal objeto dessa infração, e o substituído nas Saídas correspondentes. As ocorrências se deram nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. (Infração 002.001.003).

O defensor não negou o cometimento da irregularidade apurada em ação fiscal. Disse que no período analisado passível de autuação, excluindo-se o período alcançado pela decadência, foram emitidas 26.485 notas fiscais. Desses 999 foram emitidas sem destaque do imposto, ou seja, 3,77%, o que caracteriza falha de emissão e não erro proposital. Disse que as operações que deveriam ter sido tributadas e não foram, são as constantes das notas fiscais relacionadas pelo fisco nas planilhas anexadas ao Auto de Infração, intituladas “Saídas não tributadas”. Todavia, também há de se observar que vários recebimentos de mercadorias no período foram indevidamente lançados na escrituração sem utilização do crédito fiscal, conforme Planilha “Notas Fiscais de Aquisição Indevidamente Escrituradas sem Aproveitamento do Crédito Fiscal” que segue anexo ao presente PAF. Acrescentou que para que não se promova o enriquecimento ilícito do Estado, necessária se faz a redução do montante cobrado, com os créditos não escriturados, em cumprimento inclusive do princípio da não cumulatividade do imposto.

Sobre este pleito do defensor, observo a impossibilidade de atende-lo nesta fase processual. Além disso, pela falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, são devidos os acréscimos tributários, o que não seria pago pelo defensor, se feita a compensação nesta fase, na forma pretendida pela defesa, inexistindo previsão legal para que nesta situação não sejam cobrados os acréscimos moratórios e multa.

No caso em exame, conforme ponderou acertadamente uma das Autuantes em sede de informação fiscal, o defensor poderá requerer a escrituração extemporânea dos créditos fiscais e sua utilização, devendo observar os procedimentos estabelecidos no art. 315 do RICMS/BA.

Neste cenário, excluindo-se as parcelas extintas pela decadência no exercício de 2016, referente aos meses de janeiro R\$ 67.207,28, fevereiro R\$ 42.350,97, março R\$ 40.331,00, abril R\$ 42.764,69, maio R\$ 43.349,14 e junho R\$ 40.675,58, o valor do Auto de Infração remanesce em R\$ 437.465,91.

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

É o relatório.

## VOTO

A Junta julgadora recorre de ofício, a esta instância de julgamento, no sentido de revisão do lançamento de ofício, onde o contribuinte foi desonerado, conforme os termos regidos pelo RPAF, no qual atingiu os patamares regulamentares, sendo que o ora recorrido foi acusado de não recolher imposto por prática em operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018. A lavratura tem a monta atualizada no valor de R\$ 1.381.424,68 e, a JJF desonerou deste montante citado o valor de R\$ 560.156,36 (diferença com os valores atualizados). Em sentidos singulares o valor histórico do imposto (sem multa e acréscimos moratórios) é de R\$ 714.144,57 e o colegiado primário julgou pela Procedência Parcial no valor de R\$ 437.465,91.

A desoneração feita pelos julgadores de piso foi devido a decadência dos períodos decaídos, no qual reconheceram que o intervalo de janeiro a junho de 2016, não poderiam mais ser cobrados, conforme o art. 150, § 4º do CTN, tendo como contagem passado o prazo de 5 anos, a partir da ocorrência do fato gerador e através do inciso V, art. 156 do CTN, reconhecendo assim razão ao contribuinte.

Quanto a questão desta exclusão, nada tenho a discordar, pois o argumento utilizado para decisão está respaldo conforme os dispositivos já citados no parágrafo anterior, como também o entendimento da Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0 e a Sumula nº 11 do CONSEF. Portanto, reconheço que as ocorrências anteriores a julho de 2016 estão extintas por decadência plena.

Compulsando os autos, verifiquei que o ora recorrido, após o resultado de primo grau, o mesmo parcelou o valor remanescente julgado. Nas fls. 76 a 82, consta a confirmação do parcelamento do valor histórico de R\$ 437.465,91, justamente o valor exato julgado pela JJF. O contribuinte efetuou o pagamento da entrada no ato do deferimento do parcelamento e efetuou pagamento da primeira parcela em agosto de 2022.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos através do parcelamento e seu devido acompanhamento e, encaminhar os autos ao setor competente para o devido arquivamento, após o pagamento da última parcela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269184.0010/21-7, lavrado contra ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., no valor de R\$ 437.465,91, acrescido da multa de 60%, prevista alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos através do parcelamento e seu devido acompanhamento, além de cientificar o recorrida desta decisão e, encaminhar os autos ao setor competente para o devido arquivamento, após o pagamento da última parcela.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS