

PROCESSO	- A. I. N° 233085.0034/18-5
RECORRENTE	- CMS ESPORTE E NÁUTICA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0224-01/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.07.2024

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0168-11/24-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO – SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. No cumprimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF) o diligenciador consignou que no levantamento fiscal foram arroladas notas fiscais de *simples remessas*, quando da apuração do ICMS devido a título de antecipação parcial, notas fiscais estas que foram excluídas da autuação, o que resultou na redução do valor do ICMS antecipação parcial originalmente exigido. Acolhida a arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário no período apontado na peça defensiva. Rejeitas as nulidades arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de **Recurso Voluntário** interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JJF N° 0224-01/23-VD que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 10/12/2018, formaliza a exigência de crédito tributário de valor histórico de R\$ 150.964,43, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte infração:

*Infração 01 - 07.21.04 - Efetuou o recolhimento a menor do JCMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.*

**Período da ocorrência:** janeiro, maio e setembro de 2013, janeiro a abril, junho a dezembro de 2014, janeiro, maio e dezembro de 2015, janeiro, maio e dezembro de 2016, janeiro a abril de 2017

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 23/05/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

#### “VOTO”

*Inicialmente, não acolho a arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração por ausência de intimação sobre o início da ação fiscal para os sócios, assim como, também, ocorreu com a lavratura do Auto de Infração.*

*Isso porque, na realidade, o esforço e empenho da Fiscalização no intuito de localizar a empresa e os seus sócios, foi muito bem discorrido pelo autuante no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, bem como na Informação Fiscal.*

*Conforme esclarecido pelo autuante adrede as tentativas de localização houve a lavratura da FLC e da publicação via Edital, no Diário oficial do Estado da Bahia, portanto, cumprido o artigo 1º do RPAF, com a intimação por meio eletrônico e a publicação no Diário oficial do Estado da Bahia.*

Quanto à nulidade arguida por ter sido desrespeitada a determinação do art. 40 do RPAF/BA/99, em face à lavratura de três Autos de Infração sobre o mesmo tema, não vejo como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, conforme esclarecido pelo autuante e consta nos autos, os três Autos de Infração versam sobre infrações distintas, com códigos distintos, no caso 07.21.03, 07.21.04 e 17.02.01, portanto, inexistindo o aduzido desrespeito ao estabelecido no referido artigo, cuja redação é a seguinte:

*Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.*

*Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.*

No tocante à nulidade por ausência de documentação para lastrear a autuação, também não merece acolhimento à pretensão defensiva, haja vista que o levantamento levado a efeito pelo autuante considerou as Notas Fiscais eletrônicas recebidas pelo autuado, os recolhimentos efetuados pelo autuado constantes no sistema SIGAT da SEFAZ/BA, conforme planilhas acostadas aos autos, fls. 17 a 27.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão, bem como ofensa ao art. 142 do código Tributário Nacional- CTN.

O impugnante argui como prejudicial de mérito a ocorrência da decadência dos fatos geradores anteriores a 14/12/2013.

Alega que foi intimado em 14/12/2018, para pagar diferenças de ICMS, sendo certo que os lançamentos anteriores a 14/12/2013, se encontram decaídos, com fundamento no § 4º do artigo 150 do CTN.

A ocorrência da decadência por um longo tempo tomou-se uma matéria objeto de discussões no âmbito deste CONSEF, haja vista que, invariavelmente, as decisões sempre apontaram no sentido de inocorrência da decadência, por se considerar a contagem do prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, e não no prazo previsto no § 4º do art. 150 do mesmo diploma legal.

Após um detalhado e minucioso estudo sobre a matéria, inclusive a repercussão das autuações nos julgamentos realizados na esfera judicial, notadamente nos tribunais superiores, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de uniformização nº PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Foi observado no referido Incidente de uniformização que, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas, sim, do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 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; e) 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 valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo essa linha de entendimento - registre-se, atualmente pacificado na jurisprudência deste CONSEF - considerando que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS, há que se aplicar a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da data de ocorrência do fato gerador, na forma prevista no art. 150, § 4º do código Tributário Nacional (CTN).

Assim sendo, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 10/12/2018 e a ciência do autuado se deu em 14/12/2018, efetivamente ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário no período de janeiro, maio e setembro de 2013, haja vista que transcorrido o prazo de 05 (cinco) anos contado a partir da ocorrência do fato gerador consonte o artigo 150, § 4º, do CTN, cabendo a exclusão dos respectivos valores da autuação, no caso R\$ 5.264,55, R\$ 1.670,83 e R\$ 5.009,13.

Por certo que a orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, nos termos do Incidente de uniformização nº. PGE 2016.194710-0, acolhida pela jurisprudência do CONSEF, afasta qualquer dúvida sobre a contagem do prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, não cabendo, desse modo, discussão sobre a revogação do artigo 107-A do COTEB para aplicação do art. 150,

§ 4º do CTN, conforme aduzido pelo impugnante.

No mérito, cabível observar que, após análise e discussão em pauta suplementar, os Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal deliberaram pela conversão do feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), a fim de que o diligenciador examinasse o levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos, considerando como data de ocorrência, a depender do período objeto da autuação e desde que o autuado tivesse atendido aos requisitos indicados nos §§ 2º e 3º do artigo 332 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.

Ocorre que o diligenciador da ASTEC/CONSEF esclareceu no Parecer ASTEC Nº. 022/2023 que o autuado não mais se encontra estabelecido no endereço constante em seus dados cadastrais da SEFAZIBA, sendo, inclusive, referido fato mencionado pelo autuante no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração.

Informou, ainda, que com o intuito de atender à solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal efetuou contatos com os patronos do contribuinte, os quais, embora tenham evidenciado disposição de atender a apresentação da documentação solicitada pela diligência informaram depararem-se com grande dificuldade restando, assim prejudicada a realização da diligência na forma solicitada.

O diligenciador consignou que dessa forma, utilizando apenas a parte da documentação que foi apresentada à diligência, anexada ao referido parecer, a conclusão é que existiram notas fiscais de simples remessas, que foram incluídas quando da apuração do ICMS devido a título de antecipação parcial, notas fiscais estas que foram excluídas da autuação, o que resultou na redução do valor do ICMS antecipação parcial originalmente exigido de R\$ 150.964,43 para R\$ 132.434,43, resultado da diligência que acolho.

Considerando que os valores de R\$ 5.264,55, R\$ 1.670,83 e R\$ 5.009,13, referentes aos meses de janeiro, maio e setembro de 2013, respectivamente, foram alcançados pela decadência, portanto, cabendo a exclusão da autuação, o valor do ICMS antecipação parcial fica reduzido para R\$ 124.004,80, conforme demonstrativo abaixo:

<b>Data de Ocorrência</b>	<b>ICMS devido julgado (R\$)</b>
31/01/2013	-----
31/05/2013	-----
30/09/2013	- -
31/01/2014	4.247,08
28/02/2014	13.851,87
31/03/2014	4.589,04
30/04/2014	1.589,50
30/06/2014	1.227,74
31/07/2014	3.680,00
31/08/2014	616,06
30/09/2014	9.283,29
31/10/2014	986,44
30/11/2014	4.851,24
31/12/2014	6.811,53
31/01/2015	7.356,16
31/05/2015	13.463,16
31/12/2015	2.180,99
31/01/2016	1.348,71
31/05/2016	1.290,15
31/12/2016	26.038,29
31/01/2017	16.778,56
28/02/2017	1.465,72
31/03/2017	2.349,27
30/04/2017	-----
<b>Total</b>	<b>124.004,80</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, mediante o qual aponta a nulidade do auto de infração alegando que houve falta de intimação da recorrente na pessoa do seu sócio sobre o início da fiscalização com violação dos artigos 28, II e 108 do RPAF.

Alega que os julgadores da JJJ não acolheram a nulidade por ausência de intimação no início da fiscalização, por entender que houve empenho da fiscalização para localizar os sócios, sendo legal a intimação por edital, entretanto: “como se pode observar na descrição dos fatos do Auto

*de Infração em questão, o Fiscal Autuante, antes de lavrá-lo, havia localizado o sócio da ora Recorrente, o Sr. Cristiano Magarão Souza, mas acabou se olvidando de intimá-lo efetivamente acerca do início da fiscalização.”*

Argui ainda a nulidade do auto de infração, em razão de ter sido desrespeitado o parágrafo único do art. 40 do RPAF, porque: “*além do Auto de Infração ora em exame também foi lavrado, no mesmo dia e horário, outro auto (AI nº 233085.0035/ 18-1) pelo mesmo Agente Tributo, com identidade de OS (nº 506161/2018), relativo à mesma infração e período semelhante (2013 a 2017), como faz prova a cópia já anexada aos autos. (...)Logo, o Autuante não poderia ter lavrado dois Autos de Infração relativos à mesma infração e período semelhante, uma vez que juntos os dois perfazem a vultosa quantia histórica de R\$ 480.219,36 e total de R\$ 910.117,00, ou seja, muito superior ao limite estabelecido pelo parágrafo único, do art. 40 do RPAF, que é de R\$ 200.000,00.*”

E ainda, defende que houve: ““bis in idem”, no que tange à única infração lançada no Auto de Infração em questão, bem como no mencionado auto (AI nº 233085.0035/ 18-1), tendo em vista que a infração e os períodos são idênticos, ensejando assim vícios insanáveis na apuração.”

E requer a nulidade do Auto de Infração com base no inciso II e IV do art. 18 RPAF. Diz que houve falta de provas capazes de comprovar o quanto descrito na infração. E, em seguida aponta o art. 112 do CTN e junta jurisprudência.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração ante a inexistência do Termo de Início da Fiscalização com o provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O presente Auto de Infração formaliza a exigência de crédito tributário de valor de R\$ 150.964,43, em decorrência de uma única infração.

O Recorrente defende que a nulidade do Auto de Infração alegando ausência de intimação no início da fiscalização.

Aborda que a empresa foi intimada por edital, mas antes de lavrar o auto de infração o auditor fiscal havia localizado o sócio da ora Recorrente, o Sr. Cristiano Magarão Souza, **mas acabou se olvidando de intimá-lo efetivamente acerca do início da fiscalização**, em seguida o sócio foi intimado sobre o Programa DESENVOLVE. Alega ainda que a multa aplicada é inconstitucional, porque possui caráter confiscatório.

De logo rejeito as preliminares de nulidades do Auto de Infração pelas razões abaixo aduzidas:

Nos autos consta toda as diligências realizadas para localização da empresa autuada e os seus sócios, como consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração e na Informação Fiscal.

Assim, legitima a lavratura da FLC e da publicação via Edital, no Diário oficial do Estado da Bahia, com base no RPAF, com a intimação por meio eletrônico e a publicação no Diário oficial do Estado da Bahia.

De igual forma, não procede a preliminar de nulidade por descumprimento da regra do parágrafo único do art. 40 do RPAF/BA/99, em face à lavratura de três Autos de Infração sobre o mesmo tema, porque consta nos autos, os três Autos de Infração versam sobre infrações distintas, com códigos distintos, no caso 07.21.03, 07.21.04 e 17.02.01.

Assim, não há que se falar em violação ao art. 40, veja-se: na leitura do mencionado dispositivo legal:

*Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.*

*Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.*

Por fim, quanto a arguição de nulidade por falta de documentação a fundamentar a autuação, também não há razão a empresa recorrente porque a fiscalização ao realizar o mencionado levantamento, considerou as Notas Fiscais eletrônicas recebidas pelo recorrente, os recolhimentos efetuados pelo autuado constantes no sistema SIGAT da SEFAZ/BA, como se observa nas fls. 17/27, nas planilhas acostadas aos autos.

A parte do mérito, não foi objeto de recurso.

Dito isto, deve ser mantida a decisão de piso, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233085.0034/18-5, lavrado contra **CMS ESPORTE E NÁUTICA LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 124.004,80, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS