

**A. I. N°** - 298951.0015/22-0  
**AUTUADO** - COMERCIAL COUTO LTDA.  
**AUTUANTE** - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAZ CENTRO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21/05/2024

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0083-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir ou modificar a acusação fiscal. Aplicada a decadência nos termos do art. 156 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 20/09/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 194.421,33, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

**Infração 01.** 003.002.002 – recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018.

O autuado impugna o lançamento fls.20/23. Afirma 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. Ou seja, faz o pagamento com base em apuração realizada por ele próprio. Por isso, se diz 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 em branco do quinquênio decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, provocará o procedimento homologatório tácito, segundo o qual, perde o fisco o direito de lançar e, cobrar uma possível diferença, ato contínuo, extingue-se definitivamente o crédito tributário, conforme dispõe o art. 156, VII, do CTN.

Uma vez que neste processo o fato gerador de parte do crédito cobrado é anterior a 09/2017, o Fisco deveria ter realizado o lançamento no período anterior a 09/2022. Porém, o Auto de Infração ora impugnado é de 20/09/2022 e, portanto, expirado o prazo quinquenal, decai o direito do Fisco em efetuar um novo lançamento e, por conseguinte, é devido o cancelamento do referido crédito, com base no enunciado do art. 150, § 4º e art. 156, VII, ambos do CTN.

Portanto, diz que resta comprovado que a presente infração não merece prosperar tendo em vista que o crédito tributário está extinto em razão da decadência (art. 156, V, do CTN).

No mérito, afirma que inexistente a infração, pois diversos produtos foram vendidos como enquadrados no regime de substituição tributária.

Frisa que a infração não merece prosperar, isso porque, o preposto fiscal ao lavrar o auto de infração olvidou-se que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha que anexa, bem como, o registro de inventário.

Assim sendo, diz que com a lavratura do auto de infração, não foi observado a recolhimento do ICMS-ST, deixando, portanto, de considerar créditos de ICMS que o autuado possuía e não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens.

Entende que, no momento da autuação deveria ter sido deduzido pelo preposto fiscal o crédito de ICMS não utilizado pelo Autuado, o que torna insubsistente a suposta infração, vez que tal fato macula totalmente a autuação.

Inclusive, afirma que para elucidar e robustecer a tese aqui ventilada foi emitido relatório de inventário e planilha para comprovar que a infração é insubsistente, ou seja, não há que se falar em recolhimento a menor de ICMS.

Diante do exposto, pugna pela improcedência da infração.

O Autuante presta informação fiscal fl. 1442/1448. Contesta a defesa. Afirma que em suas razões defensivas, o autuado desenvolve sua argumentação em 02 tópicos, assim dispostos: i) da extinção do crédito tributário em razão da decadência; e ii) da inexistência da infração, visto a existência de diversos produtos vendidos como substituição tributária.

Sobre a alegada decadência, afirma que, de fato, não se nega que essa questão já está bastante pacificada, contudo, não poderia se furtar a executar a Ordem de Serviço, nos moldes solicitados pela Administração Tributária, ou seja, analisar a regularidade das operações do contribuinte, relativas ao período de 01/01/2017 a 31/12/2018, de modo que, também deixa de tecer maiores comentários, por entender que essa questão será melhor resolvida a partir do entendimento cristalizado no âmbito desse CONSEF.

Sobre a alegação de existência no levantamento fiscal de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, aduz que não merece prosperar. Explica que para realização do roteiro, que apurou esta infração foi necessário, inicialmente, determinar, indistintamente, todos os produtos comercializados pela autuada no período fiscalizado, a situação tributária, sendo o caso, a carga tributária vigente para o período fiscalizado. Para essa parametrização, foram considerados a NCM, a descrição do produto e a sua destinação.

Esclarece que após a parametrização de todos os produtos, foi realizado o cotejamento entre o tratamento dado para cada produto nos documentos fiscais emitidos pela autuada e a legislação vigente à época do fato gerador.

No caso específico, os produtos parametrizados como tributáveis, mas que teve a carga tributada inferior à carga tributária prevista na legislação nas operações de saídas foram relacionados no demonstrativo “4A2 – Débito de ICMS”, onde a diferença entre o valor corretamente calculado e o valor destacado nos documentos fiscais foi devidamente apurada (ver fl.13, mídia anexa ao PAF). Em seguida, foi elaborado o demonstrativo “4A2.1 – Débito de ICMS”, que traz a apuração mensal do ICMS sonegado (ver fl. 12 do PAF).

Entende que nesse roteiro, não se deve considerar os créditos devidos nas operações de entradas, porque esses créditos já foram contabilizados na apuração mensal do ICMS pela autuada, contudo, se porventura a suplicante deixou de utilizar regularmente algum crédito tributário, sugere que verifique a possibilidade de formulação de pedido para escrituração extemporânea, conforme preceitua o § 4º do artigo 315 do RICMS/BA, pois, quando solicitada a escrituração e autorizada pela autoridade fazendária competente, em uma ocasião oportuna, um preposto fiscal poderá analisar os documentos fiscais, valores e lançamentos contábeis para, sendo o caso, a devida homologação.

Informa que no relatório de inventário e na planilha elaborados pela autuada, não encontra qualquer elemento que afaste o ilícito fiscal apontado no referido levantamento fiscal.

Diante do exposto, mantém, na íntegra, o valor do ICMS sonegado e apurado, constante no Auto de Infração, e conclui pela manutenção integral do que foi apurado na presente ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário lançado, para salvaguardar o interesse público.

**VOTO**

Preliminarmente, embora o Autuado não tenha arguido prejudiciais aos efeitos jurídicos do presente lançamento fiscal, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, Demonstrativos fl. 12 e incluídos no CD fl. 13 com recebimento cópia fl. 16/17, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração. O defendente entendeu as infrações que lhe foram imputadas. Tanto é assim, que em sua impugnação, cita dados contidos no levantamento fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

O defendente arguiu decadência. Apontou que se encontra extinto o direito do Estado da Bahia de constituir crédito por meio de Auto de Infração, dos valores apurados entre os meses de fevereiro a dezembro de 2016, visto ter operado a decadência e extinção dos créditos tributários respectivos.

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 neste 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.

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, verifico que assiste razão ao defendente e se aplica a regra do art.150, § 4º, do CTN, considerando que a irregularidade apurada trata de recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas. Portanto, tais operações estavam escrituradas na EFD do Sujeito Passivo, o que implica dizer que há valores pagos, ainda que parcialmente, a serem



homologados. 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 10/10/2022, as ocorrências anteriores a outubro de 2017, consignadas no levantamento fiscal estão extintas pela decadência, nos termos do inciso V, art. 156 do CTN.

No mérito, o Autuado foi acusado de ter efetuado recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas.

O defendente afirmou, que não procede a infração, pois diversos produtos foram vendidos como enquadrados no regime de substituição tributária. Disse que não foi observado pelo fisco, o recolhimento do ICMS-ST, desconsiderando também, créditos de ICMS que possuía e não teria utilizado, quando da mudança de tributação dos itens. Apensou relatório de inventário e planilha para comprovar sua tese.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que neste roteiro de Auditoria, inicialmente, determinou todos os produtos comercializados pela Autuada no período fiscalizado, a situação tributária, a carga tributária vigente para o período fiscalizado, e para a parametrização das mercadorias sujeitas ao ICMS ST, foram consideradas a NCM, a descrição do produto e a sua destinação.

Acrescentou que após a parametrização de todos os produtos foi realizado o cotejamento entre o tratamento dado para cada produto nos documentos fiscais emitidos pela autuada e a legislação vigente à época do fato gerador. Este procedimento gerou dois levantamentos: mercadorias tributáveis, mas que teve o imposto apurado inferior à carga tributária prevista na legislação nas operações de saídas, demonstrativo “4A2 – Débito de ICMS”, onde a diferença entre o valor corretamente calculado e o valor destacado nos documentos fiscais foi apurada (ver fl. 13, mídia anexa ao PAF). Em seguida, foi elaborado o demonstrativo “4A2.1 – Débito de ICMS”, que traz a apuração mensal do ICMS omisso (ver fl. 12 do PAF).

Nesta esteira, da análise dos elementos constantes neste PAF, observo que o defendente não apresenta as provas necessárias, com o condão de elidir a acusação fiscal. A planilha apresentada em sua defesa não é esclarecedora, à medida em que não aponta equívocos no levantamento fiscal que lhe foi disponibilizado, discriminando nota a nota e por mês de ocorrência.

Quanto a alegação de que teria direito a créditos de ICMS que não teria utilizado, quando da mudança de tributação dos itens e que não foram compensados pelo Autuante quando da ação fiscal, o Autuado não carrou aos autos os elementos necessários para que isso ocorresse.

Caberia ao defendente trazer à luz deste processo as notas fiscais que relacionam mercadorias que no curso dos exercícios fiscalizados foram desenquadradas do regime de substituição tributária associadas ao respectivo recolhimento do ICMS, comprovando ainda, que não teria feito uso de forma tempestiva de tais créditos em sua escrituração fiscal.

Conforme acertadamente orientou o fiscal Autuante, o defendente, respeitado o prazo decadencial, poderá formular pedido para escrituração extemporânea dos mencionados créditos fiscais, conforme preceitua o § 4º, do artigo 315 do RICMS/BA.

Nesta seara, considerando que o defendente não apresentou os documentos necessários e suficientes para extinguir ou modificar a acusação fiscal, excluídos os valores fulminados pela decadência (abril a setembro de 2017) a infração subsiste parcialmente no valor de R\$ 86.765,57.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298951.0015/22-0, lavrado

contra **COMERCIAL COUTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 86.765,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "a" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a" item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR



**A. I. N°** - 298951.0015/22-0  
**AUTUADO** - COMERCIAL COUTO LTDA.  
**AUTUANTE** - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAZ CENTRO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21/05/2024

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0083-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir ou modificar a acusação fiscal. Aplicada a decadência nos termos do art. 156 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 20/09/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 194.421,33, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

**Infração 01.** 003.002.002 – recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018.

O autuado impugna o lançamento fls.20/23. Afirma 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. Ou seja, faz o pagamento com base em apuração realizada por ele próprio. Por isso, se diz 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 em branco do quinquênio decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, provocará o procedimento homologatório tácito, segundo o qual, perde o fisco o direito de lançar e, cobrar uma possível diferença, ato contínuo, extingue-se definitivamente o crédito tributário, conforme dispõe o art. 156, VII, do CTN.

Uma vez que neste processo o fato gerador de parte do crédito cobrado é anterior a 09/2017, o Fisco deveria ter realizado o lançamento no período anterior a 09/2022. Porém, o Auto de Infração ora impugnado é de 20/09/2022 e, portanto, expirado o prazo quinquenal, decai o direito do Fisco em efetuar um novo lançamento e, por conseguinte, é devido o cancelamento do referido crédito, com base no enunciado do art. 150, § 4º e art. 156, VII, ambos do CTN.

Portanto, diz que resta comprovado que a presente infração não merece prosperar tendo em vista que o crédito tributário está extinto em razão da decadência (art. 156, V, do CTN).

No mérito, afirma que inexistente a infração, pois diversos produtos foram vendidos como enquadrados no regime de substituição tributária.

Frisa que a infração não merece prosperar, isso porque, o preposto fiscal ao lavrar o auto de infração olvidou-se que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha que anexa, bem como, o registro de inventário.

Assim sendo, diz que com a lavratura do auto de infração, não foi observado a recolhimento do ICMS-ST, deixando, portanto, de considerar créditos de ICMS que o autuado possuía e não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens.

Entende que, no momento da autuação deveria ter sido deduzido pelo preposto fiscal o crédito de ICMS não utilizado pelo Autuado, o que torna insubsistente a suposta infração, vez que tal fato macula totalmente a autuação.

Inclusive, afirma que para elucidar e robustecer a tese aqui ventilada foi emitido relatório de inventário e planilha para comprovar que a infração é insubsistente, ou seja, não há que se falar em recolhimento a menor de ICMS.

Diante do exposto, pugna pela improcedência da infração.

O Autuante presta informação fiscal fl. 1442/1448. Contesta a defesa. Afirma que em suas razões defensivas, o autuado desenvolve sua argumentação em 02 tópicos, assim dispostos: i) da extinção do crédito tributário em razão da decadência; e ii) da inexistência da infração, visto a existência de diversos produtos vendidos como substituição tributária.

Sobre a alegada decadência, afirma que, de fato, não se nega que essa questão já está bastante pacificada, contudo, não poderia se furtar a executar a Ordem de Serviço, nos moldes solicitados pela Administração Tributária, ou seja, analisar a regularidade das operações do contribuinte, relativas ao período de 01/01/2017 a 31/12/2018, de modo que, também deixa de tecer maiores comentários, por entender que essa questão será melhor resolvida a partir do entendimento cristalizado no âmbito desse CONSEF.

Sobre a alegação de existência no levantamento fiscal de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, aduz que não merece prosperar. Explica que para realização do roteiro, que apurou esta infração foi necessário, inicialmente, determinar, indistintamente, todos os produtos comercializados pela autuada no período fiscalizado, a situação tributária, sendo o caso, a carga tributária vigente para o período fiscalizado. Para essa parametrização, foram considerados a NCM, a descrição do produto e a sua destinação.

Esclarece que após a parametrização de todos os produtos, foi realizado o cotejamento entre o tratamento dado para cada produto nos documentos fiscais emitidos pela autuada e a legislação vigente à época do fato gerador.

No caso específico, os produtos parametrizados como tributáveis, mas que teve a carga tributada inferior à carga tributária prevista na legislação nas operações de saídas foram relacionados no demonstrativo “4A2 – Débito de ICMS”, onde a diferença entre o valor corretamente calculado e o valor destacado nos documentos fiscais foi devidamente apurada (ver fl.13, mídia anexa ao PAF). Em seguida, foi elaborado o demonstrativo “4A2.1 – Débito de ICMS”, que traz a apuração mensal do ICMS sonegado (ver fl. 12 do PAF).

Entende que nesse roteiro, não se deve considerar os créditos devidos nas operações de entradas, porque esses créditos já foram contabilizados na apuração mensal do ICMS pela autuada, contudo, se porventura a suplicante deixou de utilizar regularmente algum crédito tributário, sugere que verifique a possibilidade de formulação de pedido para escrituração extemporânea, conforme preceitua o § 4º do artigo 315 do RICMS/BA, pois, quando solicitada a escrituração e autorizada pela autoridade fazendária competente, em uma ocasião oportuna, um preposto fiscal poderá analisar os documentos fiscais, valores e lançamentos contábeis para, sendo o caso, a devida homologação.

Informa que no relatório de inventário e na planilha elaborados pela autuada, não encontra qualquer elemento que afaste o ilícito fiscal apontado no referido levantamento fiscal.

Diante do exposto, mantém, na íntegra, o valor do ICMS sonegado e apurado, constante no Auto de Infração, e conclui pela manutenção integral do que foi apurado na presente ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário lançado, para salvaguardar o interesse público.



**VOTO**

Preliminarmente, embora o Autuado não tenha arguido prejudiciais aos efeitos jurídicos do presente lançamento fiscal, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, Demonstrativos fl. 12 e incluídos no CD fl. 13 com recebimento cópia fl. 16/17, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração. O defendente entendeu as infrações que lhe foram imputadas. Tanto é assim, que em sua impugnação, cita dados contidos no levantamento fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

O defendente arguiu decadência. Apontou que se encontra extinto o direito do Estado da Bahia de constituir crédito por meio de Auto de Infração, dos valores apurados entre os meses de fevereiro a dezembro de 2016, visto ter operado a decadência e extinção dos créditos tributários respectivos.

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 neste 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.

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, verifico que assiste razão ao defendente e se aplica a regra do art.150, § 4º, do CTN, considerando que a irregularidade apurada trata de recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas. Portanto, tais operações estavam escrituradas na EFD do Sujeito Passivo, o que implica dizer que há valores pagos, ainda que parcialmente, a serem



homologados. 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 10/10/2022, as ocorrências anteriores a outubro de 2017, consignadas no levantamento fiscal estão extintas pela decadência, nos termos do inciso V, art. 156 do CTN.

No mérito, o Autuado foi acusado de ter efetuado recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas.

O defendente afirmou, que não procede a infração, pois diversos produtos foram vendidos como enquadrados no regime de substituição tributária. Disse que não foi observado pelo fisco, o recolhimento do ICMS-ST, desconsiderando também, créditos de ICMS que possuía e não teria utilizado, quando da mudança de tributação dos itens. Apensou relatório de inventário e planilha para comprovar sua tese.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que neste roteiro de Auditoria, inicialmente, determinou todos os produtos comercializados pela Autuada no período fiscalizado, a situação tributária, a carga tributária vigente para o período fiscalizado, e para a parametrização das mercadorias sujeitas ao ICMS ST, foram consideradas a NCM, a descrição do produto e a sua destinação.

Acrescentou que após a parametrização de todos os produtos foi realizado o cotejamento entre o tratamento dado para cada produto nos documentos fiscais emitidos pela autuada e a legislação vigente à época do fato gerador. Este procedimento gerou dois levantamentos: mercadorias tributáveis, mas que teve o imposto apurado inferior à carga tributária prevista na legislação nas operações de saídas, demonstrativo “4A2 – Débito de ICMS”, onde a diferença entre o valor corretamente calculado e o valor destacado nos documentos fiscais foi apurada (ver fl. 13, mídia anexa ao PAF). Em seguida, foi elaborado o demonstrativo “4A2.1 – Débito de ICMS”, que traz a apuração mensal do ICMS omisso (ver fl. 12 do PAF).

Nesta esteira, da análise dos elementos constantes neste PAF, observo que o defendente não apresenta as provas necessárias, com o condão de elidir a acusação fiscal. A planilha apresentada em sua defesa não é esclarecedora, à medida em que não aponta equívocos no levantamento fiscal que lhe foi disponibilizado, discriminando nota a nota e por mês de ocorrência.

Quanto a alegação de que teria direito a créditos de ICMS que não teria utilizado, quando da mudança de tributação dos itens e que não foram compensados pelo Autuante quando da ação fiscal, o Autuado não carrou aos autos os elementos necessários para que isso ocorresse.

Caberia ao defendente trazer à luz deste processo as notas fiscais que relacionam mercadorias que no curso dos exercícios fiscalizados foram desenquadradas do regime de substituição tributária associadas ao respectivo recolhimento do ICMS, comprovando ainda, que não teria feito uso de forma tempestiva de tais créditos em sua escrituração fiscal.

Conforme acertadamente orientou o fiscal Autuante, o defendente, respeitado o prazo decadencial, poderá formular pedido para escrituração extemporânea dos mencionados créditos fiscais, conforme preceitua o § 4º, do artigo 315 do RICMS/BA.

Nesta seara, considerando que o defendente não apresentou os documentos necessários e suficientes para extinguir ou modificar a acusação fiscal, excluídos os valores fulminados pela decadência (abril a setembro de 2017) a infração subsiste parcialmente no valor de R\$ 86.765,57.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298951.0015/22-0, lavrado

contra **COMERCIAL COUTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 86.765,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "a" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a" item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

