

**A. I. Nº** - 207108.0005/07-1  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS CARDOSÃO LIMITADA.  
**AUTUANTE** - JORGE ANTÔNIO OLIVEIRA SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ JUAZEIRO  
**INTERNET** - 16. 09. 2008

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0302-01/08**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT não fornecidas em cópias ao autuado, apesar de realização de diligência nesse sentido. Cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte e inobservância do devido processo legal. Infração nula. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A fiscalização não anexou aos autos as provas necessárias, mesmo tendo sido determinada a realização de diligência para sanar a falha. Lançamento nulo, por inobservância do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 206.087,81, em decorrência do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de janeiro de 2002, janeiro e fevereiro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 713,93, acrescido da multa de 50%. Consta que o contribuinte [deixou de fazer a substituição/antecipação tributária de algumas notas fiscais].
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 205.373,88, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 188 a 191, argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por não fundamentar as exigências, sendo a nulidade amparada no artigo 18, III, e 39, III.

Argúi também a prescrição e decadência do crédito tributário exigido referente ao exercício de 2002, por ser anterior a intimação.

Atacando o mérito da infração 01, afirma que é improcedente, pois desconhece as supostas notas fiscais sobre as quais o autuante exige o ICMS antecipado, sendo que, no exercício foi recolhido o

imposto por antecipação, referente a todas as notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária entradas no estabelecimento.

Quanto à infração 02, sustenta que é improcedente por não ter ocorrido auditoria da conta Caixa como quer fazer crer a Fiscalização. Diz que a conta Caixa é uma conta de Ativo e, por consequência, jamais poderia ter sido apurado suposto saldo credor de caixa, considerando que não tem contabilidade montada, não dispõe de livros contábeis, a exemplo de Diário, Razão, Caixa. Sustenta que o procedimento fiscal não se referiu à Auditoria da conta Caixa, mas a um fluxo de Caixa, onde com base em supostas entradas e saídas, apurou-se supostos saldos credores, nos exercícios de 2002 a 2005, sem considerar o estoque inicial e final, além do ICMS recolhido nos exercícios exigidos.

Acrescenta que o procedimento utilizado não consistiu em Auditoria da conta Caixa, haja vista que não foram considerados o estoque inicial e final; não foi apurado através da conta Mercadorias o lucro auferido no exercício; não houve confrontação com os saldos das demais contas de ativo.

Alega que, em nenhum momento da ação fiscal foi intimado a fazer comprovação, a qualquer título, mesmo porque, a rigor, saldo credor de caixa não constitui fato gerador de nenhum imposto. Diz ainda

Diz ainda que, por ser empresa de pequeno porte, está dispensada do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, conforme previsto no artigo 408-C, à exceção dos incisos I, II, IV e V, não estando obrigada a manter escrita fiscal e contábil.

Prosseguindo, sustenta que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa é inexistente, primeiro porque não omitiu saídas, segundo, porque o autuante incluiu no levantamento notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com a fase de tributação encerrada, portanto, não mais sujeitas à tributação e que, de modo equivocado, exige mais uma vez o autuante imposto sobre estas na suposta omissão de saídas tributáveis.

Assevera que, caso houvesse constatado divergências nos valores apontados na DME e o apurado no levantamento fiscal, a multa seria a prevista no inciso XII-A do artigo 42, para os exercícios de 2003 e 2004, sem qualquer outra exigência fiscal, inclusive para os exercícios anteriores. Salienta que o regime de apuração da empresa de pequeno porte é realizado com base na receita bruta e, além de não restar aplicável à exigência fiscal, reclamou imposto sem observar o número de empregados, não abateu o ICMS recolhido no exercício nem aplicou a alíquota prevista de 2,5%, como determina o RICMS, motivo da nulidade ou improcedência da exigência fiscal.

Ressalta que já recolhera o ICMS antecipado e a antecipação parcial, referente a todos os exercícios apontados no Auto de Infração, não sendo crível que seja devida a omissão de saídas reclamada pelo autuante, o que ocasiona a bitributação.

Conclui, requerendo que além da exclusão das notas fiscais sejam acolhidas as preliminares de nulidade da exigência 02, de prescrição dos créditos reclamados anteriores à intimação referentes às infrações 01 e 02, e, finalmente, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 193 a 196, contestando inicialmente os argumentos defensivos referentes à nulidade da autuação. Diz que não ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito tributário, invocando o artigo 965, I, do RICMS/BA.

Quanto ao argumento defensivo referente à infração 01, de que desconhece as notas fiscais arroladas na autuação às fls. 13, diz o autuante que na relação CFAMT anexada às fls. 70/71, aparecem as referidas notas fiscais, oriundas do Estado de São Paulo. Pede ao CONSEF *“um prazo maior para anexar as notas fiscais em questão, porque foram solicitadas ao sistema CFAMT/SEFAZ, mas não chegaram até o dia de hoje.”*

Com relação à infração 02, afirma que às fls. 08/09 dos autos, encontra-se anexada a O.S. 50338/07, constando que um dos roteiros a ser realizado é a AUDIS-601-Auditoria de Caixa. Acrescenta que na própria O.S. consta no campo “observações” o registro de que: “divergências entre as informações registradas no CFAMT e a DME; verificação do recolhimento da Antecipação Parcial”.

Diz que o autuado se confunde ao não saber distinguir Auditoria Financeira (Caixa) da Auditoria de Estoque (movimentação econômica). Afirma que os estoques inicial e final foram sim considerados, como entrada e saída financeira, através de movimentação monetária, ou seja, quando a empresa vende seus produtos fisicamente está dando entradas em forma de numerário em sua contabilidade. Quando paga a conta fornecedores, ou de despesas, está dando saídas financeiras. Salienta que a Auditoria de Estoque (AUDIF -207), busca detectar a omissão quantitativa (físico), de saídas ou de entradas, enquanto a Auditoria de Caixa, busca a omissão ou regularidade financeira (numerário).

Ressalta que o autuado costumeiramente compra muito a fornecedores, não tendo vendas suficientes para lastrear aqueles desembolsos.

Registra que no Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, acostado à fl. 12, foram solicitadas todas as contas (informações) para a Auditoria de Caixa, com DAEs, comprovantes de pagamentos de água, energia, telefone, folha de pagamento, contador, impostos e contribuições federais e demais despesas.

Salienta que, em nenhum momento o defendente alegou que houve falta de lançamento de alguma nota fiscal de entrada ou saída, de despesas, ou mesmo que lançou alguma nota de forma errônea, não discutindo, portanto, a qualidade dos lançamentos, mas a busca da nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência.

Assevera que foi feita a reconstituição da conta Caixa e que para isso foi fornecido, pelo próprio autuado, após intimação, todas as informações necessárias, não cabendo a alegação de que não tem contabilidade, livro Diário, Razão, Conta Mercadorias. Diz que com as informações prestadas ao Fisco teria o autuado todas as condições técnicas e legais para fazer o seu Caixa, Diário, Razão, Conta Mercadorias, afirmando que, conforme a O.S. que originou a fiscalização fez o solicitado, ou seja, Auditoria de Caixa.

Prosseguindo, diz o autuante que os números apresentados pela DME do próprio contribuinte não representa uma suposição, ou seja, o desequilíbrio financeiro freqüente entre entradas (compras) e saídas (vendas), conforme fls. 21 a 24.

Continuando apresenta o questionamento: *se o contribuinte vende “tão pouco”, porque compra “tão muito”?*

Destaca que o autuado apresentou durante os exercícios fiscalizados pagamentos com fornecedores e outras despesas acima dos recursos obtidos com vendas de mercadorias, sem comprovar a origem dos recursos.

Salienta que o contribuinte foi intimado a apresentar todos os comprovantes de despesas, assim como todos os comprovantes de origem de numerário que justificassem os pagamentos efetuados durante o exercício realizado, não tendo apresentado nada que comprovasse despesa ou ingresso de numerário na empresa, com exceção das notas fiscais de compras e livros fiscais que foram utilizados para elaboração do demonstrativo de caixa. Esclarece que os vencimentos das duplicatas referentes às notas fiscais de compras foram aqueles constantes das referidas notas e quando não constantes utilizou o critério de vencimento da duplicata um mês depois da data de emissão da nota fiscal de compra. Informa que a Auditoria de Caixa está às fls. 14 a 17.

Quanto à alegação do autuado de que não aplicou a alíquota de 2,5%, diz que este se equivoca, haja vista que, cabe no caso, o crédito de 8% e não alíquota de 2,5%, pois, a apuração do imposto é feita pelo critério normal e não da receita bruta, por se tratar de sonegação fiscal.

Continuando, diz que mesmo operando com poucas notas fiscais de entradas que pertencem ao regime de substituição tributária, no caso, somente 10%, resta claro na Auditoria Financeira que o contribuinte não tem respaldo financeiro suficiente com vendas que justifiquem a compra de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Acrescenta que extraiu da listagem do CFAMT alguns dados substanciais (amostra considerável) e de alta credibilidade, que comprovam operar o autuado somente com 10% de notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, demonstrando os totais anuais, conforme consta às fls.48,68,85,102.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que no levantamento fiscal o ICMS foi apurado com base nas notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT; que não constava nos autos comprovação de recebimento pelo contribuinte de cópias dos documentos fiscais acima referidos; que nos demonstrativos relativos ao movimento de Caixa às fls. 14 a 17, estão discriminadas as entradas e saídas mensais, com os respectivos saldos credores e imposto devido, sem a indicação da forma como tais valores foram apurados mensalmente; que na peça de defesa o autuado alegou comercializar mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; converteu o processo em diligência, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

#### **Autuante.**

Relativamente à infração 02:

1 – comprovasse documentalmente se os pagamentos foram realizados dentro do mesmo mês de apuração, evidenciando a obtenção dos valores relativos às compras, elaborando, se fosse o caso, novo demonstrativo de “Movimento de Caixa”. Se porventura tivesse sido incluída no levantamento nota fiscal de compra cujo pagamento não coincidissem com o respectivo mês de apuração, deveria proceder os ajustes necessários no Fluxo de Caixa;

2 – informasse o percentual da receita oriunda de operações de circulação de mercadorias tributáveis normalmente pelo ICMS na saída, em relação à receita total do estabelecimento autuado, nos exercícios exigidos na autuação;

3 – aplicasse o percentual encontrado na forma do item 2 acima, ao valor da base de cálculo da infração;

4 – elaborasse novo demonstrativo de débito para a infração 02;

5 – colacionasse aos autos cópias dos documentos relativos às despesas (telefone, energia elétrica, Pró-labore, Simples, etc.) incluídas no Fluxo de Caixa, ainda que fosse por amostragem.

#### **Repartição Fazendária.**

Relativamente às infrações 01 e 02.

Intimasse o contribuinte, entregando no ato da intimação, **mediante recibo específico**, cópia das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT e da diligência solicitada.

Na oportunidade, informasse ao autuado **da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação**, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 204 a 206, na qual esclarece que o autuado foi intimado em 20/08/2007, para apresentar as notas fiscais de entradas e saídas e DAES. Em 12/12/2007 foi intimado para apresentar as notas fiscais de entradas e comprovantes de pagamentos de despesas. Em 31/01/2008 foi intimado para apresentar notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas, no caso das notas fiscais no período de 01/01/2004 a 31/08/2004, e duplicatas de fornecedores (fevereiro a agosto de 2004).

Acrescenta que o autuado não entregou após as referidas intimações, as notas fiscais de entradas referentes ao período de 01/01/2004 a 31/08/2004; duplicatas referentes ao período fevereiro a agosto de 2004; e comprovantes de despesas e/ou pagamentos de água, luz, telefone, etc. referente ao período de 2002 a 2005.

Observa que na intimação inicial datada de 03/05/2007 (fl.12), o autuado entregou ao Fisco toda documentação solicitada, inclusive, as notas fiscais de entradas do período 01/01/2004 a 31/12/2004, duplicatas referentes ao período de fevereiro a agosto de 2004, bem como comprovantes de pagamentos do período de 2002 a 2005.

Esclarece que, quando do refazimento da conta Caixa, considerou na ausência das notas fiscais de entradas e duplicatas, que no período de janeiro a agosto de 2004, o prazo para pagamento de duplicatas foi de 30 (tinta) dias.

Prosseguindo, diz que com o refazimento da conta Caixa apurou o seguinte saldo credor de Caixa:

Exercício de 2002 – R\$ 41.681,64

Exercício de 2003 – R\$ 50.337,15

Exercício de 2004 – R\$ 55.349,44

Exercício de 2005 – R\$ 41.521,91

TOTAL - R\$ 188.890,14

Registra o autuante que, por se tratar o autuado de empresa de pequeno porte no cálculo do imposto devido foi concedido o crédito de 8%, previsto no artigo 408-S, §1º, do RICMS/97. Diz ainda que foi anexada ao processo cópia das notas fiscais citadas na infração 01. Esclarece que estão anexadas ao processo as Notas Fiscais nº.s 22207, de janeiro de 2002, 68982 de janeiro de 2004. Quanto às Notas Fiscais nº.s 47067,47068, ambas de fevereiro de 2004, muito embora constem do sistema CFAMT, não foram localizadas, conforme correspondência emitida pela GETRA – Gerência de Trânsito. Registra que estas duas notas fiscais são do período que o autuado não apresentou ao Fisco as notas fiscais de entradas(janeiro a agosto de 2004).

Com relação à proporcionalidade, afirma que por se tratar o autuado de empresa de pequeno porte não obrigada a apresentar os livros Registro de Entradas e Saídas, fica prejudicado o ano de 2004, pelo motivos expostos acima. Solicita que o CONSEF considere os cálculos já acostados ao processo às fls. 195/196, repetidos na nova informação fiscal, dizendo que são dados colhidos por amostragem plenamente confiável do CFAMT.

Assevera que tais dados confirmam a legalidade da Auditoria de Caixa e da cobrança do imposto sobre o saldo credor de Caixa.

Intimado o contribuinte para dar ciência sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, este se manifesta às fls.354/355, dizendo que, como informa o autuante todos os documentos mencionados foram entregues quando do início da fiscalização, contudo, afirma o autuado, que não foram devolvidos todos, quando do término da fiscalização pelo autuante, a exemplo das notas fiscais do período referido, sendo por este motivo infundados os argumentos postos na informação fiscal.

Reportando-se aos novos valores apresentados pelo autuante referentes aos saldos credores, diz que restam impugnados pelas razões acima referidas, aliadas as demais alegações de defesa, ratificando os termos da defesa inicial.

Com relação à infração 01, reitera que desconhece as notas fiscais sobre as quais se exige o ICMS antecipado, e diz comprovar que durante o exercício foi recolhido o imposto por antecipação referente a todas as notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Quanto à infração 02, diz que a suposta divergência entre as informações registradas no CFAMT e a DME nos exercícios fiscalizados, que embasou a auditoria de caixa, o autuante inicialmente não se referiu a qualquer nota fiscal capturada no CFAMT ou mesmo de divergência de informações. Acrescenta que o autuante incluiu no levantamento notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com a fase de tributação encerrada, portanto, não mais sujeita à tributação.

Aduz que, caso houvesse apurado divergências nos valores apontados na DME e o apurado no levantamento fiscal, conforme relata o autuante na informação fiscal, caberia a multa prevista no artigo 42, XII-A, da Lei nº. 7.014/96, para os exercícios de 2003 a 2005, sem qualquer outra exigência fiscal, inclusive, para os exercícios anteriores, conforme já alegado na defesa inicial.

Finaliza reiterando os termos da impugnação inicial e requer a improcedência do Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando a alegação defensiva de que não recebera em devolução os documentos arrecadados pelo Fisco, bem como a informação prestada pelo autuante de que o defendente não entregou, após devidamente intimado, as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2004 a 31/08/2004, bem como as duplicatas (fevereiro a agosto) e os comprovantes de despesas e/ou pagamento, água, luz, telefone, etc. referentes ao período 2002 a 2005, apesar de na intimação inicial, datada de 03/05/2007, ter apresentado toda a documentação acima referida, converteu o processo em diligência a INFAZ/JUAZEIRO (fl.358), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado, esclarecesse se efetivamente houve ou não, a devolução de toda a documentação fiscal apresentada pelo contribuinte, sendo observado que, caso a resposta fosse afirmativa, anexasse aos autos cópia do recibo devidamente assinado pelo autuado ou seu preposto.

O autuante cumprindo a diligência solicitada, afirma que o início da fiscalização se deu de modo legal com emissão e assinatura do Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais. Quanto à alegação defensiva de que não houve a devolução de documentos fiscais, questiona como pode o autuado comprovar que não foram devolvidos se não apresenta nenhum documento escrito evidenciando a falta.

Registra que o Auto de Infração foi assinado em 04/04/2007, sendo os documentos devolvidos 04 dias depois, ou seja, no dia 08/04/2007. Diz que a intimação seguinte datada de 12/12/2007, portanto, 08 meses depois, teria o autuado tempo suficiente para cobrar do Auditor algum documento que estivesse faltando, o que não ocorreu.

Sustenta que o Auditor Fiscal tem fé pública e assegura que todos os documentos arrecadados foram devolvidos a contadora Marli Oliveira Rodrigues. Ressalta que, na segunda intimação datada de 12/12/2007, foi informado pela contabilidade que toda documentação referente ao exercício de 2002 a 2005, estava em poder do escritório desde a entrega no dia 08/04/2008, portanto, não havia ainda sido devolvida a empresa que se localiza na cidade de Uauá/BA.

Diz ser relevante o quadro apresentado à fl. 194, que demonstra informações contidas na DME do autuado, restando claro em todos os anos fiscalizados a omissão de saídas, ocorrendo compras de mercadorias em quantidade, no mínimo 50% maior do que as saídas.

Acrescenta que, conforme solicitação do CONSEF, anexou aos autos às fls. 208 a 343, o Movimento de Caixa, desmembrando as duplicatas de acordo com o vencimento real delas. No período de janeiro a agosto de 2004, que não foi apresentado as duplicatas e notas fiscais de entradas pelo

autuado, após a segunda intimação em 12/12/2007 considerou como vencimento o prazo de 30 dias, prazo este comercialmente estabelecido como “padrão” para pagamentos.

Conclui dizendo acreditar que o CONSEF dispõe de todos os elementos para julgar o Auto de Infração como totalmente procedente.

#### VOTO

Do exame das peças processuais, verifico que na peça de defesa o autuado argúi, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por não fundamentar as exigências, sendo a nulidade amparada nos artigos 18, III, c/c 39, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Argúi também a ocorrência de prescrição e decadência do crédito tributário exigido, referente ao exercício de 2002, por ser anterior a intimação.

A princípio, convém esclarecer que descabe no presente caso, a arguição de prescrição, haja vista que o instituto da prescrição consiste na perda do direito de que dispõe a Fazenda Pública de ajuizar ação de cobrança de crédito tributário devidamente lançado e notificado o sujeito passivo, transcorrido o período de cinco anos, contado a partir da constituição definitiva do crédito no âmbito administrativo, conforme previsto no artigo 174 do Código Tributário Nacional – CTN.

Já a decadência consiste na perda do direito de que dispõe a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, mediante o ato administrativo de lançamento, no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, como se vê, a arguição do contribuinte somente pode ser apreciada sob o aspecto da decadência do direito de a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, pois, ainda não há que se falar prescrição, por não estar o crédito definitivamente constituído no âmbito administrativo, que se dá quando da inscrição do débito em dívida ativa.

No caso em exame, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2003, com prazo final em 31/12/2007. O procedimento fiscal teve início em 03/05/2007, com a intimação ao contribuinte, ocorrendo a lavratura do Auto de Infração em 30/06/2007, com ciência do contribuinte em 04/07/2007.

Observe que, no tocante ao assunto decadência, este CONSEF já pacificou o entendimento em reiteradas decisões de que esta somente ocorre, após transcorrido o prazo de 05 (cinco) anos, contado a partir do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A propósito, cito os Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, este último cujo teor referente à decadência é reproduzido abaixo:

*“Sobre o tema “decadência”, já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJF nº 0274-12/02, da 2ª CJF, e CJF nº 0061-11/05, da 1ª CJF, nos seguintes termos:*

*“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.*

*Tal dispositivo do CTN determina 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.*

*Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”*

*Este meu entendimento encontra lastro em Decisão do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 1ª Seção, EResp. 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 08.05.00, pois aquele precedente jurisprudencial, contém o seguinte mandamento: “Se o pagamento do tributo **não for antecipado**, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no **artigo 173, I, do Código Tributário Nacional**. Embargos de divergência acolhidos.” (grifo meu)*

*Foi exatamente o que ocorreu neste Auto de Infração: o contribuinte ao utilizar indevidamente redução de base de cálculo e crédito fiscal de ICMS, bem como deixar de realizar o estorno de crédito fiscal previsto na legislação, promoveu a redução do imposto a ser recolhido, e, conseqüentemente, não houve o pagamento antecipado deste imposto.*

*Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a setembro de 1999, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2005, e o Auto de Infração foi lavrado em 10-09-2004 e o contribuinte cientificado do mesmo em 29-09-2004.”*

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração, por não fundamentar as exigências, noto que em relação à infração 01, o autuado sustenta desconhecer as notas fiscais sobre as quais o autuante exige o ICMS antecipado, sendo que no exercício foi recolhido o imposto por antecipação, referente a todas as notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária entradas no estabelecimento.

Vejo que o autuante ao prestar a informação fiscal diz que na relação CFAMT anexada às fls. 70/71, aparecem as referidas notas fiscais, oriundas do Estado de São Paulo, tendo solicitado ao CONSEF um prazo maior para anexar as notas fiscais em questão, porque foram solicitadas ao sistema CFAMT/SEFAZ, mas não chegaram até o dia de hoje.

Ocorre que, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, converteu o processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado, cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório.

A diligência não foi cumprida integralmente, tendo o autuante esclarecido apenas que anexou ao processo as Notas Fiscais nºs 22207, de janeiro de 2002, 68982 de janeiro de 2004. Com relação às Notas Fiscais nºs 47067, 47068, ambas de fevereiro de 2004, muito embora constem do sistema CFAMT, não foram localizadas, conforme correspondência emitida pela GETRA – Gerência de Trânsito.

Não resta dúvida que o contribuinte teve cerceado o seu direito de ampla defesa e do contraditório, pois, apesar de neste item da autuação a apuração se referir inicialmente a quatro notas fiscais, remanescendo apenas duas, mesmo assim o contribuinte não teve ciência destas, o que torna a exigência fiscal nula.

No que concerne à infração 02, assim como ocorreu com o item anterior da autuação, verifico que também houve cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, haja vista que no levantamento fiscal foram arroladas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, tendo esta 1ª JJF, convertido o processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado, cópias das notas



fiscais coletadas no CFAMT, bem como fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório. A diligência não foi cumprida.

Ademais, apesar de assistir razão ao autuante quanto ao roteiro de Auditoria de Caixa aplicado, pois, mesmo sendo o contribuinte enquadrado na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, é legal a apuração com base no referido roteiro, não existe nos autos elementos de provas indispensáveis para confirmação da imputação.

Apesar de ter sido solicitado na diligência que o autuante comprovasse documentalmente se os pagamentos foram realizados dentro do mesmo mês de apuração, evidenciando a obtenção dos valores relativos às compras, bem como, colacionasse aos autos cópias dos documentos relativos às despesas (telefone, energia elétrica, Pró-labore, Simples, etc.) incluídas no Fluxo de Caixa, ainda que fosse por amostragem, a solicitação não foi atendida.

Noto que o autuante alega que o autuado não entregou, após devidamente intimado, as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2004 a 31/08/2004, bem como as duplicatas (fevereiro a agosto) e os comprovantes de despesas e/ou pagamento, água, luz, telefone, etc. referentes ao período 2002 a 2005, apesar de na intimação inicial, datada de 03/05/2007, ter apresentado toda a documentação acima referida.

Já o autuado diz que todos os documentos solicitados pelo autuante foram entregues quando do início da fiscalização, porém, não foram todos devolvidos quando do encerramento da ação fiscal.

Vejo que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que o Auditor Fiscal tem fé pública e assevera que todos os documentos arrecadados foram devolvidos a contadora Marli Oliveira Rodrigues, ressaltando que, na segunda intimação datada de 12/12/2007, foi informado pela contabilidade que toda documentação referente ao exercício de 2002 a 2005, estava em poder do escritório desde a entrega no dia 08/04/2008, portanto, não havia ainda sido devolvida a empresa que se localiza na cidade de Uauá/BA.

Fé pública significa a “*confiança que todos depositam na verdade ou legitimidade de ato emanado de autoridade pública ou funcionário devidamente autorizado, no exercício de suas funções.*” (José Náfel, in Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, Editora Parma, 7ª edição, p.562).

A fé pública é presunção *juris tantum* da veracidade e legalidade do ato praticado pelo agente público, contudo, nada tem de absoluto e irretorquível, não podendo prevalecer quanto à negativa do contribuinte de não haver recebido em devolução os documentos fiscais.

Certamente, assim como a entrega dos documentos fiscais pelo contribuinte deve ser devidamente documentada, a sua devolução pelo agente do Fisco também exige a comprovação do recebimento. Não consta nos autos a comprovação da devolução.

Diante do exposto, considero nulo este item da autuação, haja vista que não obedece aos requisitos previstos em norma regulamentar, principalmente quanto à ocorrência de ausência de prova da acusação fiscal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 207108.0005/07-1, lavrado contra COMERCIAL DE ALIMENTOS CARDOSÃO LIMITADA. Recomenda-se à autoridade fiscal, responsável pela Inspeção de origem do autuado, a renovação da ação fiscal, desta feita, a salvo das falhas acima indicadas.

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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR