

**A. I. Nº** - 279459.0005/11-5  
**AUTUADO** - AVON COSMÉTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 21.12.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0317-05/11**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL REFERENTE ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b) NA CONDIÇÃO DE DESTINATÁRIO, RELATIVO AO FRETE, ORIUNDO DE OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. c) REFERENTE À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Itens subsistentes, por serem reconhecidos e recolhidos pelo autuado, com exceção do período que entende que operou a decadência. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, datado de 29/08/2011, exige o ICMS no valor total de R\$ 6.058.110,32, inerente ao período de janeiro de 2006 a maio de 2011, conforme documentos às fls. 11 a 152 dos autos, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.894.244,16, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução;

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.776.551,86, oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 945.894,14, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;

INFRAÇÃO 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 9.713,66, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto;

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 431.706,50, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2010.

A autuada, às fls. 159 a 171 dos autos, em suas “razões de defesa”, após transcrever todas as infrações, ressalta que efetuou o pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração, mais especificamente, dos valores exigidos nas infrações 3, 4 e 5 (pagamento integral) e nas infrações 1 e 2 (pagamento parcial – apenas do período de 30 de setembro de 2006 a 31 de maio de 2011, que, segundo ela, não foi atingido pela decadência), conforme DAE à fl. 177/178 dos autos, do que requer seja declarada a extinção definitiva do crédito tributário, ora exigido, nos termos do art. 156, I, do CTN, bem como a definitiva baixa e arquivamento dos autos deste processo administrativo.

Em seguida, passa a discorrer sobre a decadência do direito da Fazenda do Estado da Bahia constituir o crédito tributário ora exigido, do que ressalta que parte do crédito tributário constituído é inexistente em razão da ocorrência da decadência, ou seja, referente ao período de 31 de janeiro de 2006 a 28 de agosto de 2011 (2006), devendo ser julgado de plano improcedente o Auto de Infração.

Registra que as regras sobre lançamento e prazo decadencial seguem o preceituado na Lei nº 5.172/66, denominada Código Tributário Nacional (CTN), cuja lei tem status de Lei Complementar por ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 34, § 5º, do ADCT, da CF/88).

Salienta que a natureza jurídica do lançamento do ICMS é de tributo sujeito ao lançamento por homologação, situação em que a legislação atribui ao sujeito passivo da obrigação tributária o dever de antecipar o pagamento antes do prévio exame da autoridade administrativa. Assim, deve obedecer, portanto, no tocante à decadência, a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, o qual prevê o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador do tributo, sob pena de extinção do crédito tributário, para conferir o procedimento adotado pelo contribuinte, homologando-o, se entender correto, ou procedendo à constituição definitiva do crédito tributário decorrente de suposta diferença existente (lançamento de ofício), se entender que o procedimento adotado pelo contribuinte não atendeu ao dispositivo previsto na legislação.

Portanto, passados cinco anos contados da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária sem que a Administração faça o lançamento, opera-se a decadência, que nada mais é do que uma das modalidades da extinção do crédito tributário. Com isso, em relação ao período compreendido entre 31/01/2006 a 28/08/2006, a constituição definitiva do crédito tributário somente poderia ocorrer após decorrido o prazo de cinco anos. Assim, a constituição do crédito tributário relativa ao primeiro período (31/01/06) somente poderia ocorrer até 31/01/2011 e do último (28/08/06) até 28/08/2011. Porém, como o Auto de Infração foi lavrado em 29/08/2011, com a ciência da impugnante em 30/09/2011 (30/08/2011), resta claro que houve a decadência do direito do Fisco baiano constituir o crédito tributário relativo ao período compreendido entre 31/01/06 e 28/08/06. Cita decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – TIT e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, neste sentido.

Por fim, requer seja a presente impugnação totalmente conhecida e provida para que seja reconhecida a nulidade da autuação, cancelando o débito fiscal em apreço na sua integralidade, em razão (i) do pagamento do crédito tributário relativo às infrações 3, 4 e 5 (pagamento integral) e às infrações 1 e 2 (pagamento parcial – apenas do período de 30 de setembro de 2006 a 31 de maio de 2011); e (ii) da ocorrência de decadência do direito do Fisco baiano constituir o crédito tributário referente ao período de 31/01/2006 e 28/08/2006, com a consequente extinção e arquivamento dos autos deste processo administrativo, como também que as intimações e publicações deste processo sejam feitas em nome da impugnante, devidamente estabelecida na Av. Interlagos, 4.300, São Paulo.

Na informação fiscal, à fl. 182 dos autos, o autuante, transcreve o art. 965, I, do RICMS/BA, o qual prevê que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

## VOTO

Trata-se de lançamento de ofício para exigir o ICMS, no montante de R\$ 6.058.110,32, relativo a cinco infrações, sendo que todas foram reconhecidas recolhidas pelo autuado, com exceção dos valores que entende que operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, relativo ao período compreendido entre 01/01/2006 e 28/08/2006 das infrações 01 e 02.

Da análise das razões de defesa, na qual o sujeito passivo reconhece que são verossímeis os fatos elencados pelo autuante no Auto de Infração, se verifica que o autuado não se insurge contra o mérito das exigências tributárias, mas, tão-somente quanto às exigências relativas ao período compreendido entre 31/01/2006 e 28/08/2006, por entender que, com a lavratura do Auto de Infração

em 29/08/2011, com ciência em 30/08/2011, já havia operado a decadência do direito de o Fisco baiano constituir o crédito tributário relativo ao citado período, nos termos previstos no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, do que cita decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos no período compreendido entre 01 de janeiro e 28 de agosto de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário.*

Há de se ressaltar que cabe a autoridade julgadora cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretario da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 29.08.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo-se homologar as quantias já recolhidas.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0005/11-5**, lavrado contra **AVON COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.058.110,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.626.403,82 e 100% sobre R\$431.706,50, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA