

PROCESSO - A. I. 1242740163128
RECORRENTE - RMR AGROINDUSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0166-05/13
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 09/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0161-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Exigência proporcional às saídas tributadas e não tributadas. **b)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Estorno efetuado em desacordo com a legislação. Anulação de débito de valor constante em documento fiscal. Infração 3 procedente. **c)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Vedado à utilização de crédito. Produto com fase de tributação encerrada. Infração 6 procedente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS A NÃO CONTRIBUINTE. Existência de conformação entre a descrição e os fatos demonstrados. Infração 2 procedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Fato comprovado. Infração 4 procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ausência de prova de que essas operações não são tributáveis. Infração 5 procedente. Rejeitada a nulidade suscitada. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/09/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$312.786,29, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto: R\$ 289.905,19;

02 – Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto – Vendas a não contribuintes com redução de base de cálculo: R\$ 365,26;

03 – Estorno de débito em desacordo com a legislação. Operações de venda com destaque de imposto já antecipado quando da entrada das mercadorias. R\$ 10.616,24;

04 – Falta de recolhimento do diferencial de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao uso e consumo. R\$ 2.326,01;

05 – Falta de recolhimento do imposto em razão de operações tributáveis terem sido consideradas como não tributáveis. R\$ 5.467,10;

06 – Utilização indevida de crédito fiscal em relação à aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Após a apresentação da defesa, prestação de informações fiscais e realização de procedimento de diligência saneadora, a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à

apreciação pela 5ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 03/10/2013.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançamento de crédito tributário decorrente de 6 infrações à legislação do ICMS. O impugnante faz pedido de nulidade formal de todo o Auto de Infração, mas de forma fundamentada, apenas das infrações 1 e 3, arguindo cerceamento de defesa, em virtude da falta de clareza dessas infrações, por não haver ligação entre o fato descrito e ocorrido, e por metodologia de cálculo não prevista na legislação.

Faz defesa de mérito das infrações 1 e 5 e pede diligência para esclarecer o cálculo do lançamento, e defende a nulidade da infração 3 por vício formal. Não faz qualquer ponderação de mérito quantos às infrações 2, 4 e 6, ficando apenas a alegação de nulidade formal por cerceamento de defesa em virtude da falta de clareza na descrição das infrações. Assim, em questão de mérito, fazem parte da lide apenas as infrações 1, 3, e 5 e quanto às demais, apenas foi alegado a nulidade por vício formal.

Recuso o pedido preliminar de nulidade sobre todo o Auto de Infração, visto que no PAF não apresenta vícios formais que possam vir a macular todo o processo, vez que foi perfeitamente identificado o contribuinte, descritas as infrações e exercida a ampla defesa, e assim o pedido de nulidade será analisado em cada infração.

À fl. 10 consta um termo de ocorrência onde foi oferecido ao impugnante todos os papéis de trabalho com a concessão de 20 dias para verificação de forma a se possibilitar uma defesa previa antes mesmo da lavratura do Auto de Infração. Foi cumprido o devido processo legal e 3 infrações (2, 4, 6) não tiveram qualquer alegação de vício material, e sequer foram referidas na peça impugnatória. Assim, passo inicialmente ao julgamento das infrações não defendidas no mérito, mas apenas quanto aos eventuais vícios de formalidade.

A infração 2 decorre de erro na base de cálculo na saída de mercadorias regularmente escrituradas, no total de R\$365,26 cujos demonstrativos estão as fls. 42/49 tanto na forma analítica como sintética, com descrição das notas fiscais, mercadorias, valores, etc., havendo perfeita conformação entre a descrição e os fatos demonstrados. Não há qualquer impedimento ao exercício da defesa, visto a perfeita e clara descrição da motivação do lançamento. Rejeitado o pedido de nulidade. Infração 2 procedente.

A infração 4 refere-se às diferenças de alíquotas nas aquisições de outros estados da Federação destinadas a consumo do estabelecimento e ao ativo imobilizado no valor de R\$2.326,01. Os demonstrativos estão às fls. 51/52, com descrição das mercadorias, número das notas fiscais, valores, etc. No entanto constato que no mês de maio de 2007 apurou-se valor de R\$1.673,60 a recolher, mas foi lançado R\$1.667,20, e no mês dezembro de 2007 apurou-se valor de R\$600,01, mas foi lançado R\$ 551,81, devendo ser lançada a diferença em ação fiscal a “posteriori”. Não há qualquer razão que justifique a anulação por vício formal como pedida pelo impugnante. Infração 4 procedente.

Na infração 6, o autuante acrescentou ao texto padrão do sistema emissor de Auto de Infração - SEAI, explicações próprias que juntamente com a análise do demonstrativo, esclarecem qual a infração apontada, quando diz que “refere-se também às devoluções de vendas de mercadorias antecipadas de outros estados que foram estornados os débitos de ICMS na saída”.

O demonstrativo de fls. 57/61 não deixa dúvidas de que a infração decorre do crédito indevido referente mercadorias adquiridas e submetidas ao regime de substituição tributária, às quais é vedado o crédito na forma do art. 97, IV, “b” do RICMS/BA 97; a referência feita pelo autuante, de que houve devoluções de vendas de mercadorias oriundas de outros estados cujos débitos foram estornados na saída, apenas justifica o crédito indevido, embora desnecessário, pois em qualquer hipótese, sejam devoluções ou vendas, é vedado o crédito de tais mercadorias.

Quis o autuante na descrição da infração explicar que os débitos pela saída foram estornados, o que confirma o crédito indevido, pois se os débitos na saída não fossem estornados, compensariam os créditos indevidos e não haveria razão para o lançamento do imposto. Assim, está configurado que permaneceram créditos de mercadorias adquiridas por substituição tributária no valor de R\$4.106,56, conforme demonstrativos de fls. 58/60, que contêm a descrição dos produtos, valores, número das notas etc. Não vislumbro qualquer vício formal que enseje a nulidade pedida. Infração 6 procedente.

Pelo exposto nas infrações acima abordadas, nos demonstrativos, e ainda diante da ausência de qualquer contestação, há nítida procedência destas infrações, acobertadas pelo art. 140 do RPAF, quando este diz que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infrações 2, 4 e 6 procedentes.

Encerrada a apreciação das infrações não impugnadas no mérito, passo ao julgamento das infrações 1, 3 e 5. Foi pedida nulidade formal na infração 1 por falta de clareza e precisão na descrição, arguindo não haver indicação do fato gerador e também um pedido de diligência para apuração da verdade material.

Entendo que a descrição da infração 1, estorno de crédito em virtude de saídas beneficiadas com isenção é suficientemente clara, de modo que não vislumbro a nulidade pleiteada. Quanto ao pedido de diligência, o impugnante a fundamenta sob a alegação de que o autuante utilizou CFOP de operações não tributadas, a exemplo dos códigos nº 5949 e nº 6949, que trata de OUTRAS SAIDAS DE MERCADORIAS OU SERVICOS

NÃO ESPECIFICADOS, sem, no entanto apresentar qualquer documento fiscal relativo a estas operações que comprovassem não serem tributadas. Nos termos do artigo 145 do RPAF, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Assim, na infração 1, teve ainda o impugnante, por meio de pedido de diligência à inspetoria de origem, de apresentar demonstrativo analítico de cálculo em que contesta a metodologia do autuante, mas não o fez; assim sendo, não permitiu ao julgador visualizar erro que justifique revisão em diligência por fiscal estranho ao feito. Se há cálculo sintético apresentado pelo impugnante em sua peça defensiva, este é resultante de um cálculo analítico, que o impugnante seguramente possui em mãos. Ao deixar de apresentá-lo, esquivou-se de fazer valer a sua defesa, e não trouxe a necessária prova material do erro alegado.

Nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. O impugnante apresentou CFOP como sendo de operações não tributadas, mas plenamente justificadas pelo autuante, a exemplo dos CFOP nº 5910/6910, que são operações de saídas de mercadorias do estoque físico, sendo transferida a propriedade por meio de bonificação ou doação.

Continuando a apreciação da infração 1, às fls. 12 e 13 consta demonstrativo referente aos exercícios de 2007 e 2008, onde vê-se cálculo da proporção entre as saídas tributadas e não tributadas em relação ao total de saídas, estabelecendo-se a proporcionalidade, de forma a se efetuar o estorno de crédito de ICMS, uma vez que as saídas foram beneficiadas por isenção, com a comprovação crédito proporcional a maior nas saídas para outros estados.

Foi realizada diligência de forma a esclarecer os demonstrativos que se apresentavam resumidos, para evitar qualquer cerceamento à defesa, e foi oferecida ao impugnante nova oportunidade de se manifestar e de apresentar provas. No entanto, apenas repetiu os termos da impugnação inicial e não apresentou nenhum documento ou prova material, negando-se a trazer aos autos o cálculo analítico do demonstrativo que foi apresentado na impugnação a fl. 78, alegando ser esta a função do fisco.

Ora a função do fisco foi executada durante o procedimento feito pelo autuante, e não cabe ao próprio fisco revisar os cálculos, a menos que o impugnante traga comprovação de algum erro material que macule o demonstrativo, oportunidade em que uma diligência poderia apontar a verdade material. Infração 1 procedente.

Na infração 3, não houve impugnação de qualquer elemento factual, mas apenas foi alegado o cerceamento de defesa, justificando-se que não resta claro qual foi a conduta realizada pelo contribuinte, pois o art. 112 no qual foi enquadrado tem 04 parágrafos, e pergunta o impugnante em qual deles foi enquadrado. A descrição da infração aponta que foi efetuado estorno de ICMS em desacordo com a legislação e o caput dos arts. 112/113 tem conexão com a infração por exclusão, pois explicam quais são as possibilidades de estorno ou anulação de débito quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

No caso em lide, os valores estornados constam em documento fiscal e para que fosse justificado o estorno fora do que está escriturado, deveria a situação fática, atender ao prescrito em algum dispositivo dos artigos 112/113. A descrição da infração por si, já supera a cominação legal, que mesmo na hipótese de não ter vinculação com o fato descrito, não implica nulidade, conforme artigo 19 do RPAF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

O demonstrativo da infração está à fl. 50, e na diligência, o autuante trouxe às fls. 112/131, detalhamento analítico com o número das notas fiscais, valor, data etc., e foi explicado que no mês de maio de 2008 o valor lançado não corresponde às diferenças entre as colunas C e D, mas ao somatório dos estornos não realizados de janeiro a maio, e que corresponde ao valor utilizado como crédito em maio.

Foi apresentado demonstrativo analítico destes estornos na fl. 111, mas o impugnante, intimado a se manifestar, apresentou nova impugnação à fl. 138/165, mas não trouxe elementos de fato, que contestem o lançamento, apenas alegou questões de Direito. Argumentou ainda que não é função do contribuinte a confecção de demonstrativos e que isto é competência da autoridade fiscal. O autuante apresentou demonstrativos que se traduzem na organização dos fatos e eventos apontados como contrários à legislação, sem que tenha havido refutação aceitável.

O demonstrativo pedido na diligência ao impugnante, visava dar oportunidade para a partir da sua escrituração, enumerar e apontar os erros do autuante. Não é admissível invocar a improcedência simplesmente negando o cometimento da infração. Assim, por exemplo, no demonstrativo de fls. 112/130, pode o impugnante enumerar quais notas fiscais não correspondem às vendas para fora do Estado, com estorno a maior de débito ou no próprio demonstrativo que apresentou à fl. 78, esclarecer a forma como achou o percentual real de saídas tributadas, visto que o simples lançamento de um percentual, desprovido de memorial de cálculo, torna-se desprovido de confiabilidade. Infração 3 procedente.

Na infração 5, cujo demonstrativo está à fl. 56, alega em sua defesa, que o fisco acusou o impugnante de ter efetuado saídas tributadas como não tributadas. Não trouxe qualquer prova de que essas saídas não fossem

tributadas, mas apenas o pedido de que o fisco deveria conceder o respectivo crédito decorrente das entradas. Se as entradas foram feitas sem o respectivo crédito de imposto, neste caso, cabe ao contribuinte o pedido da escrituração extemporânea do crédito fiscal.

Ainda que fosse comprovado o direito ao crédito das operações anteriores, não cabe compensação no Auto de Infração. Logo, se a empresa fizer jus, deverá solicitar a escrituração extemporânea e não a compensação no próprio Auto de Infração. Assim, denego o pedido de diligência por falta de fundamentação da necessidade de tal intervenção, e julgo procedente a infração. Infração 5 procedente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

Como é possível constatar da análise do voto condutor do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 5ª JJF após apreciar os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, afastaram a preliminar de nulidade arguida por entenderem que a peça acusatória e os demonstrativos que a instruem foram confeccionados de forma suficientemente clara de modo que não restou configurado o cerceamento do direito de defesa alegado pelo contribuinte.

No mérito, mantiveram integralmente as exigências, apresentando a correspondente fundamentação apenas em relação aos itens 1, 3 e 5, únicos objeto de impugnação por parte do ora Recorrente.

A manutenção da exigência consubstanciada no item 1 do Auto de Infração decorreu, substancialmente, da falta de apresentação de provas materiais capazes de evidenciar os erros apontados como cometidos pela fiscalização. No entender do julgador *a quo nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Quanto ao item 3 assegurou a decisão de piso que as razões de defesa se restringiram à alegação de cerceamento de direito de defesa decorrente da falta de clareza na descrição da conduta tida como infracional. Após explicitar que a simples leitura do dispositivo legal infringido, por si só, já torna possível concluir sobre a natureza da infração apontada, bem assim que o autuante apresentou detalhamento analítico dos valores autuados, informando número das notas fiscais, valor, data etc., o órgão julgador de Primeira Instância afastou as razões aduzidas pelo então impugnante, ratificando o lançamento.

No que diz respeito ao item 5, os membros integrantes da 5ª JJF esclareceram que esta instância administrativa de julgamento não é competente para apreciar o pleito apresentado na defesa, consistente no reconhecimento do direito ao crédito do tributo exigido. Tendo sido este o único argumento trazido pela defesa, a exigência foi mantida na integralidade.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs iniciando suas razões de apelo pleiteando o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de comprovação e especificação clara das condutas tidas como infracionais.

Referindo ter sido o lançamento efetuado a partir de presunções, aduz que para desconstituir os atos praticados pelos contribuintes, necessário se torna que o Agente Fiscal descreva e comprove a ocorrência dos fatos que justifiquem a sua conduta.

No mérito, tal como ocorrido na defesa outrora ofertada, apresenta razões recursais apenas quanto aos itens 1, 3 e 5.

Quanto ao item 1 sustenta basicamente que há erro no cálculo elaborado pela fiscalização, consistente na inclusão de operações escrituradas sob os CFOP'S 5949/6949, 5926/6929/, 5910/6910 e 5905/6905, correspondentes a lançamentos efetuados a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de KIT ou de sua desagregação, a remessa em bonificação, doação ou brinde, as quais não representam saídas reais. Aduz que estas operações não podem ser consideradas para fins de cálculo para efeito de estorno de crédito das operações que as antecedem por que não se constituem operações isentas, imunes ou beneficiadas com redução de base de cálculo.

Apresenta quadro demonstrativo das divergências (fl. 195) que entende existir em relação ao cálculo elaborado pela fiscalização ao tempo em que requer a conversão dos autos em diligência,

a fim de que sejam sanadas as falhas apontadas.

No que diz respeito ao item 3 do Auto de Infração repisa os argumentos apresentados na defesa, sustentando a nulidade do lançamento em razão da falta de clareza na descrição dos fatos. Reproduz o artigo citado como infringido questionando em quais das situações ali previstas a sua conduta se enquadra ou mesmo deixou de observar, afirmando que sem a obtenção desta resposta é impossível apresentar a sua defesa.

Quanto à exigência consubstanciada no item 5, sustenta que, tendo a fiscalização constatado falta de recolhimento de imposto decorrente da prática de operações tributáveis como não tributáveis, imperioso seria o reconhecimento do respectivo crédito fiscal correspondentes às operações antecedentes.

Com base em tal premissa argumentativa volta a pleitear que lhe seja assegurado o direito ao crédito correspondente à quantia que lhe está sendo exigida, procedimento que se adotado anulará o valor do lançamento.

Sustenta ainda o caráter confiscatório da multa de ofício cominada, aduzindo ser o percentual de 60% abusivo e desproporcional às infrações imputadas, o que revela afronta aos princípios constitucionais de vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Em sustentação à sua tese cita excertos da doutrina especializada, pugnando, afinal, pelo reconhecimento da ilegalidade da penalidade aplicada.

No opinativo de 207 a 208 a PGE/PROFIS, por intermédio de seu representante, entendeu não merecer Provimento o Recurso Voluntário.

Comungando com o entendimento externado no voto condutor do acórdão recorrido, o ilustre representante da Procuradoria afasta a preliminar de nulidade suscitada em face da regularidade na condução do Processo Administrativo.

No mérito, entende não merecer serem acolhidas as razões recursais em razão da inexistência de lastro probatório fático ou jurídico aptos a amparar o pleito recursal.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência)

Início a apreciação das razões de apelo pela preliminar de nulidade suscitada para afastá-la.

Apesar de concordar que, de fato, a descrição das infrações cometidas pelo sujeito passivo poderiam estar redigidas de forma mais clara, entendo que a análise conjunta dos fatos com os demonstrativos analíticos que subsidiam o Auto de Infração permitem ao ora Recorrente conhecer os motivos das exigências que teve contra si perpetradas.

Como bem asseverou a Decisão de piso, no presente caso, o Recorrente tomou conhecimento dos papéis de trabalho confeccionados pela auditoria antes mesmo da lavratura do Auto de Infração (fl. 10) sendo-lhe na oportunidade conferido o prazo de 20 dias para verificação e apresentação de defesa prévia.

Com o intuito de sanear o processo, evitando o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, os membros integrantes da 2ª JFJ converteram os autos em diligência, a fim de que o auditor fiscal autuante refizesse os demonstrativos relativos ao item 3, especificando as notas fiscais, data e valor do ICMS destacado, bem assim que intimasse o então impugnante a apresentar demonstrativos analíticos que evidenciassem as operações por CFOP que sustentou terem sido indevidamente consideradas pela fiscalização, determinando sua oitiva no prazo de 10 dias acaso houvesse modificação dos valores lançados.

Instado a apresentar os demonstrativos aptos a comprovar suas alegações o ora Recorrente se esquivou alegando que cabe ao Fisco a prova da acusação e não a ele provar a correção dos seus procedimentos.

Ante a tais circunstância fáticas, entendo não merecer reforma a decisão de base quanto a este particular, pelo que a ratifico pelos seus próprios fundamentos.

Antes de adentrar na análise dos aspectos materiais das exigências consubstanciadas nos itens 1, 3 e 5 do Auto de Infração, as quais, conforme relatei, se constituem nas únicas que foram objeto de recurso, reconheço de ofício o transcurso do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários relativos ao período compreendido entre os meses de janeiro a agosto de 2007, relativamente ao item 01 do Auto de Infração.

Da análise do Auto de Infração, cuja ciência ao contribuinte se deu em 26/09/2012 (fls. 01) constato que os prepostos autuantes exigem diferenças de imposto, relativamente ao período compreendido entre os meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Tratando-se como se trata o ICMS de imposto sujeito ao lançamento por homologação e levando em conta que o lançamento levado a efeito visa exigir do ora Recorrente diferença do tributo que fora recolhido a menor em razão de apropriação indevida de crédito fiscal, o prazo decadencial aplicável é aquele previsto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN vale dizer: cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Como já é do conhecimento deste órgão julgador, o entendimento aqui esposado encontra guarida na uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo que entendo desnecessário expor de forma pormenorizada os fundamentos de direito que o sustentam.

Nestes termos, dou Provimento Parcial ao Recurso Voluntário para reconhecer de ofício o perecimento do direito de o Fisco estadual proceder ao lançamento em relação às competências janeiro de 2007 a agosto de 2007, por que à data da ciência do contribuinte acerca do lançamento já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos para tanto.

Vencida quanto à prejudicial de decadência passo a análise das demais questões de mérito.

Início pela apreciação das razões de apelo referente à infração apontada no item 1 do Auto de Infração, consistente na glosa de créditos fiscais proporcionais às saídas isentas ou alcançadas pela não incidência.

De fato, não trouxe o Recorrente nenhum documento comprobatório apto a descaracterizar a exigência. Nos termos do quanto disposto no artigo 143 do RPAF a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Nestes termos a ele – Recorrente – caberia a tarefa de carrear aos autos, ao menos por amostragem, as notas fiscais relativas às operações que aduz ter classificado incorretamente nos CFOP'S aplicáveis às operações tributáveis.

Não tendo se incumbido de tal tarefa, mesmo sendo instado para tanto, não há como este órgão julgador descaracterizar o levantamento da fiscalização.

Quanto à exigência de que trata o item 3 do Auto de Infração, considerando que as razões de recurso se restringiram à arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, mantenho a exigência com base nos fundamentos expostos no introito do presente voto em razão de sua identidade.

No que diz respeito à exigência consubstanciada no item 5, o Recorrente não nega o cometimento da infração, restringindo-se a pleitear lhe seja concedido o crédito correspondente às entradas anteriores.

Ocorre que tal pleito não pode ser apreciado por esta câmara de julgamento, simplesmente porque diz respeito à matéria alheia aos autos submetidos a julgamento.

Como bem asseverou o relator de primeiro grau, *se as entradas foram feitas sem o respectivo crédito de imposto, cabe ao contribuinte o pedido da escrituração extemporânea do crédito fiscal* e não o reconhecimento deste nesta instância de julgamento, uma vez que não há previsão legal que autorize a compensação de créditos extemporâneos com débitos decorrentes de lançamento de ofício.

Se o Recorrente, de fato, fizer jus a tais alegados crédito, deverá proceder à escrituração destes em sua escrita fiscal e apropriá-los com débitos apurados em períodos subsequentes.

Finalmente, deixo de apreciar o pedido de afastamento da multa de infração em razão do quanto previsto no artigo 167, inciso I do RPAF que exclui da competência deste órgão de julgamento a declaração de inconstitucionalidade das normas legais.

Ante ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para, reformando a decisão proferida pela 5ª JF para afastar a exigência relativa aos fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro a agosto de 2007 em razão do decurso do prazo decadencial para a efetivação do lançamento de ofício.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de mérito de Decadência)

Quanto à prejudicial do mérito relativa à extinção de parte do crédito tributário das infrações 1, 3 e 5, relativas aos exercícios de 2007/2008, acompanho o posicionamento da PGE/PROFIS, ficando a mesma rejeitada. Verifico que o Auto de Infração foi lavrado em 25/09/12. O art. 150, § 4º do CTN, 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”*.

O art. 107-B, §5º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), em conformidade com o disposto no art. 150, §4º do CTN, dispõe que *“Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos exercícios de 2007 e 2008 poderia ser lançados até o dia 31/12/12. Logo, não ocorreu a decadência suscitada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0163/12-8**, lavrado contra **RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$312.786,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho R. Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiras: Rosany Nunes de Mello Nascimento, Alessandra Brandão Barbosa e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de Decadência)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de Decadência)

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS