

A. I. Nº - 018184.3008/16-7
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
(SUPERMERCADOS MEIRA)
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.03.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Fato comprovado nos autos. Os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de desconstituir a infração imputada ao sujeito passivo. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/16, refere-se ao lançamento de ICMS no valor de R\$97.509,44, acrescido de multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade: “Infração 1 - 01.02.42. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito”. Fato ocorrido nos meses de fevereiro, março, junho outubro e novembro de 2011.

O autuado apresenta defesa (fls. 321 a 329) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a autuante não cumpriu o previsto no inc. III do art. 39 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 7729/99), *“porquanto que não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada”*. Aduz que, nos termos do § 1º do art. 39 do RPAF-BA/99, o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento do infrator, o que diz não ter sido observado no presente lançamento. Sustenta que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que não consta em que a auditora fiscal se baseou para caracterizar as infrações apuradas, bem como não há como se saber a que período as infrações se referem.

Argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/06/2011, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, conforme jurisprudência do STJ e do STF. Discorre sobre decadência, reproduz o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Tece considerações sobre lançamento por homologação.

No mérito, afirma que a autuante apresenta demonstrativo com os créditos fiscais que teriam sido indevidamente utilizados, porém não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil do autuado consta esta utilização indevida. Diz que os créditos utilizados foram os previstos em lei, os quais estão comprovados pela documentação fiscal juntada ao presente processo.

Assegura que no seu livro Registro de Apuração de ICMS não consta a utilização de crédito fiscal nos valores listados nos demonstrativos elaborados pela autuante. Sustenta que as DMAs dos períodos comprovam os saldos credores, bem como a transferência dos aludidos créditos.

Frisa que a documentação que ora junta é idônea e foi registrada nos seus livros fiscais conforme prevê a legislação pertinente. Diz que, portanto, não há o que se falar em utilização indevida de crédito fiscal como sustenta a autuante.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, tudo conforme exposto acima. Pede que, caso não seja esse o entendimento deste Conselho de Fazenda, o processo seja convertido em diligência, para que seja reexaminada a fiscalização.

Na informação fiscal, fls. 339 a 342, a autuante inicialmente faz uma síntese da infração e da defesa e, em seguida, diz que as alegações defensivas não procedem, conforme relatado a seguir.

Explica que a infração imputada ao autuado é única, conforme comprova o documento de fl. 1, o qual descreve a infração apurada. Diz que o demonstrativo de fls. 7 e 8 aponta a data de registro dos documentos fiscais, lançados pelo autuado no seu livro Registro de Entrada (fls. 9 a 286), números dos documentos fiscais, código do emitente, unidade da Federação, CFOP, valor contábil, base de cálculo, códigos, valores fiscais, alíquota e ICMS creditado. Frisa que, quando efetuou a ação fiscal, o autuado não apresentou os documentos fiscais constantes do demonstrativo de fls. 7 e 8.

Menciona que a infração e o enquadramento legal constam no documento de fl. 1. Pontua que a alegação defensiva atinente à documentação apresentada pelo defendant, na impugnação, não é verdadeira, como comprovam os documentos às fls. 321 a 332.

Aduz que o Auto de Infração, nos termos do art. 39, §1º, do RPAF-BA/99, poderá ser lavrado no estabelecimento do fiscalizado, na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração.

Diz que o demonstrativo de fls. 7 e 8 (demonstrativo de débito), os documentos de fls. 9 a 286 (livro Registro de Entrada) e o documento de fl. 1 (Auto Infração) demonstram, com clareza e precisão, a infração, os documentos fiscais que não foram apresentados e a que período se refere. Destaca que o autuado recebeu cópia do demonstrativo de débito e do Auto de Infração (fl. 315).

Afirma que, portanto, não há razão para o acolhimento da nulidade arguida na defesa.

Menciona que a alegada decadência não pode prosperar, pois a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 29/06/2016, tendo sido respeitado, portanto, o previsto no art. 965 do RICMS-BA/97.

Ao adentrar no mérito da lide, diz que os argumentos defensivos não procedem, pois, conforme consta no Auto de Infração, foi apurada a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Frisa que as notas fiscais constantes do demonstrativo de folhas 7 e 8 estão escrituradas no livro Registro de Entrada (fls. 9 a 286) e, no entanto, o autuado não apresentou os documentos fiscais correspondentes. Salienta que a alegação de que a documentação fiscal teria sido apresentada na defesa não é verdadeira, conforme comprovam os documentos às fls. 321 a 332.

Explica que os valores registrados no livro Registro de Apuração de ICMS, referentes às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada (por CFOP) e não por valores por documentos fiscais.

Informa que a alegação defensiva atinente a transferências de créditos fiscais nada tem a ver com a infração constante neste processo, bem como destaca que o autuado nada apresentou na defesa.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, fl. 345, tendo sido concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para pronunciamento.

Ao tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado volta a se manifestar, fls. 347 e 348.

Argumenta que a autuante apenas copiou as infrações apuradas e parte da defesa, sem trazer nenhum fato novo ao processo. Reitera que o Auto de Infração deve ser anulado conforme os argumentos trazidos na defesa. Assegura que efetuou os recolhimentos constantes na autuação, seguindo o prescrito na legislação pertinente. Frisa que não há o que se falar nas infrações que lhe foram imputadas, pois embasadas em fundamentos fáticos sem a devida comprovação legal.

Afirma que não houve falta ou recolhimento a menos de qualquer tributo, nem utilização indevida de crédito fiscal e nem declaração de dados incorretamente à SEFAZ.

Mantém os termos da defesa inicial e requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante volta a se pronunciar às fls. 352 e 354, mantendo o Auto de Infração na íntegra, conforme a informação fiscal anteriormente prestada.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao disposto no art. 39, III, do RPAF-BA/99, uma vez que não existiria clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, tendo em vista as planilhas elaboradas, o enquadramento legal utilizado e os fatos constantes nos documentos apresentados pelo autuado.

Da análise do Auto de Infração, depreende-se que não há razão para prosperar essa preliminar de nulidade, pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.* Complementando essa descrição, a autuante elaborou um demonstrativo detalhando a apuração do imposto lançado. Nesse demonstrativo, do qual o autuado recebeu cópia (fl. 315), constam, dentre outras informações, a data da utilização do crédito fiscal, o número do documento fiscal, o valor contábil de cada operação, a base de cálculo do imposto lançado, a alíquota e o imposto exigido. Como prova da utilização dos referidos créditos fiscais, a auditora teve o cuidado de acostar ao processo fotocópia dos livros Registro de Entradas (fls. 9 a 286) e Registro de Apuração de ICMS (fls. 287 a 312) do contribuinte fiscalizado.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Foi arguida a nulidade do lançamento porque não teria sido observado o disposto no §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, já que o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade, uma vez que o citado §1º do art. 39 do RPAF-BA/99 prevê que “*O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração*”. No caso em análise, o Auto de Infração foi lavrado na repartição fazendária, portanto, em conformidade com a legislação.

Ainda em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, tendo em vista que a autuante não teria informado em que se baseara para caracterizar “as infrações” apuradas, bem como não teria informado a que período “as infrações” se referiam.

O Auto de Infração (fl. 1) deixa claro que o lançamento de ofício em comento trata apenas de uma infração. Ademais, nesse mesmo Auto de Infração estão consignados os meses em que o ilícito foi apurado - fevereiro, março, junho, outubro e novembro de 2011. Conforme se depreende da descrição dos fatos e do demonstrativo elaborado pelo autuante, a referida infração foi apurada com base nos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo nos seus livros Registro de Entradas e Registro de Apuração de ICMS. Assim, também afasto essa preliminar de nulidade.

Foi suscitada a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/06/2011, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Divirjo dessa tese defendida pelo impugnante, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, vigente à época).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No

caso em comento, não houve o alegado pagamento antecipado, haja vista que o débito foi apurado mediante roteiro de auditoria fiscal específico e, portanto, em relação ao montante cobrado nessa infração não houve o lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Ressalto que em relação à revogação do artigo 107-A e do § 5º do artigo 107-B do COTEB, pela Lei nº 13.199/14, não há como se aplicar retroativamente essa revogação, pois se trata de uma norma jurídica de natureza material, e não procedural. Em consequência, a legislação a ser aplicada é a vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2011, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/16 para constituir o crédito tributário. Considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 27/06/16, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Além disso, observo que, ao requerer a realização de diligência, o autuado não demonstrou a necessidade do atendimento desse seu pedido, como exige o art. 145 do RPAF/99.

Ultrapassadas as questões preliminares arguidas na defesa, adentro ao mérito da lide.

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Visando elidir a acusação que lhe foi imposta, o autuado afirma que a auditora fiscal não indicou em que lugar constava a utilização indevida de crédito fiscal.

Esse argumento defensivo não se sustenta, pois no demonstrativo de fl. 7 a autuante relacionou as notas fiscais cujos créditos foram apropriados sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito aos referidos créditos. Às fls. 9 a 286 e 282 a 321, a auditora acostou aos autos fotocópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração de ICMS.

Confrontando o demonstrativo de fl. 9 com as fotocópias dos citados livros fiscais, constata-se que o autuado se creditou dos valores de que trata o Auto de Infração em comento e, apenas como exemplos, cito as seguintes operações:

- a Nota Fiscal nº 16448, de 14/02/11, com ICMS no valor de R\$13.039,00 (fl. 7) foi lançada no livro Registro de Entradas (fl. 39), sendo esse crédito levado para o livro Registro de Apuração de ICMS, conforme se depreende das fls. 48 e 291 dos autos;
- a Nota Fiscal nº 16460, de 14/03/11, com ICMS no valor de R\$3.898,77 (fl. 7) foi lançada no livro Registro de Entradas (fl. 59), sendo esse crédito levado para o livro Registro de Apuração de ICMS, conforme se depreende das fls. 69 e 293 dos autos.

Ressalto que as notas fiscais relacionadas no lançamento de ofício não são notas fiscais eletrônicas, situação em que a autuante poderia obter as informações e comprovações desejadas no portal da nota fiscal eletrônica. Do mesmo modo, há que se observar que esses livros fiscais foram utilizados na apuração do imposto devido e constituem verdadeiras declarações de realização de operações de circulação de mercadorias, as quais não foram negadas em momento algum pelo deficiente.

O deficiente diz que os créditos utilizados foram os previstos em lei, os quais estão comprovados pela documentação fiscal idônea juntada ao processo.

Mais uma vez não prospera essa alegação defensiva, pois os lançamentos na escrita fiscal devem, obrigatoriamente, estar respaldados em documentação fiscal idônea. Essa documentação fiscal, quando solicitada, deve ser apresentada à fiscalização para comprovar o direito ao referido crédito. No caso em tela, o autuado não apresentou a citada documentação nem durante a ação fiscal e nem na defesa ou no pronunciamento posterior. Saliento que na impugnação nenhuma prova foi trazida aos autos, ao contrário do que fora alegado pelo deficiente.

O autuado faz alusão a saldos credores, a transferência de crédito e a recolhimento a menos de imposto, porém esses argumentos não possuem qualquer pertinência com o Auto de Infração que se encontra em análise.

Nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tinha, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. No entanto, o autuado se limita a negar o cometimento da infração, sem trazer aos autos nenhum documento comprobatório do quanto alegado, bem como a fazer alegações estranhas à autuação. Dessa forma, a acusação imputada ao sujeito passivo subsiste em sua totalidade.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.3008/16-7**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADOS MEIRA)**, devendo o autuado ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$97.509,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA