

A. I. Nº - 0181843045/16-0  
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.09.2017

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0140-02/17**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Afastada a decadência pelo art. 150, adotado a tese de fraude aplicação do art. 173. Do CTN. Arguição de nulidade rechaçada. Afastada a alegação de cerceamento de defesa e pedido de revisão fiscal. Acusação fiscal não elidida. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 30/12/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$300.633,88, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto relativamente aos jan a dez/12. No valor de R\$300.633,88.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 213 a 220, quando apresentou seu arrazoado de defesa relatado a seguir.

Afirma inicialmente a Impugnante que a Autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39 do regulamento acima informado, 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.

Destaca que, o § 1º do art. 39 exige que a Auditora lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado, e que a Autuada somente tomou conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura.

Assevera que estes fatos que relatou determinam a nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do Decreto nº 7629/99, afirmando tratar-se de vícios insanáveis do auto de infração em tela, acrescentando que os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos.

Aponta que nas infrações tipificadas no processo, não constam o fundamento da Autuante para caracteriza-las, afirmado, também, que os demonstrativos não fazem referência a que infração corresponde, e indaga: “Onde está a precisão exigida pela legislação acima referida, para que a autuada possa EXERCER O SEU DIREITO DE DEFESA?”

Aduz que a falta de clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo fiscal, enseja cerceamento do direito de defesa da autuada, pois afirma que sequer a Impugnante sabe a que período fiscal ou contábil a infração se refere, sendo que a exigência fiscal não indica o período supostamente infringido.

Diante dos fatos que relata conclui, mais uma vez, que se trata de caso de NULIDADE DA AUTUAÇÃO, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento, pelos vícios insanáveis constantes no auto de infração.

Requer ainda a aplicação da DECADÊNCIA, extinguindo o crédito tributário, relativo aos

lançamentos efetuados do período anterior à 30/12/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº. 5.172 de 25.10.1966, bem como, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões relativas à essa matéria, naquilo que beneficia a autuada, como norteia os princípios gerais do direito.

Discorre sobre a doutrina acerca da decadência defendendo tratar-se do perecimento do direito pela omissão de seu exercício dentro de determinado prazo, e destaca que este prazo não comporta suspensão nem interrupção, sendo irrenunciável e que deve ser pronunciado de ofício, citando como embasamento o Art. 150 do CTN, o qual transcreve.

*"Art. 150. 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.*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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"*

Trata sobre o ICMS, sua natureza jurídica, forma de apuração e homologação, afirmando que esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização e que não havendo a fiscalização, passado o lapso temporal para sua realização haverá a homologação tácita, que afirma ser de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, conforme §4º do artigo 150 da lei acima referida.

Assevera que segundo entendimento consolidado através da jurisprudência, somente após inscrito o crédito tributário em dívida ativa e emitida a CDA (certidão de dívida ativa), se afastaria a decadência do direito de constituir o crédito tributário, passando a se contar o prazo da prescrição.

Quanto ao mérito afirma que a Autuante apresentou demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados pela autuada, mas que, todavia, não indicou em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida. Assevera que os créditos utilizados pela autuada estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Continua sua assertiva explicando que no livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores constantes dos demonstrativos elaborados pela autuante, relativo a esta infração, tornando a acusação inexistente.

Conclui que a infração merece melhor esclarecimento, precisão e clareza nos termos do que dispõe o RPAF/BA, a fim de que a autuada possa se defender, pois não houve por parte da autuada utilização de qualquer crédito relativo às mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fossem aquelas previstas em lei.

Requer que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em apreciando os fatos e fundamentos acima citados, inicialmente acate a preliminar acima arguida e, em assim não entendendo que julgue, no mérito, improcedente o presente auto de infração porque os fatos e fundamentos apresentados pela Autuante, não podem prosperar ante a legislação pertinente, totalmente contrária às suas argumentações e documentação apresentada pela autuada e constante do processo em apreço, por serem verídicas e sólidas no sentido de embasar a verdade dos fatos.

Pede ainda, alternativamente, que se determine, em diligência, o REEXAME da fiscalização, porque assim o exige, objeto do auto de infração acima referido relativo ao período fiscalizado, a fim de que se constate a verdade material apresentada pela impugnante.

O Autuante afirma não procederam às alegações defensivas, pois realizou o trabalho informando com clareza a infração cometida pela Autuada. E que o demonstrativo de folhas 9 a 16, as vias das notas fiscais (docs. fls. 17 a 201) e CD contendo os Livros Registro de Entrada de Mercadorias e Apuração do ICMS (docs. fls. 204) comprovam a infração.

Esclarece que a infração e o enquadramento legal estão descritos no documento de folhas 1 a 5

(AUTO INFRAÇÃO) e que a documentação apresentada pela Autuada não é verdadeira, e que comprova esta assertiva com os documentos acostados às folhas 213 a 223.

Destaca que não procede a alegação de que o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/66 exige que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do infrator, pois este dispositivo determina também seja lavrado além do estabelecimento infrator na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, transcrevendo o texto em questão.

Afirma que a Autuada recebeu os demonstrativos e a via do Auto de Infração, conforme comprova o documento de folhas 209.

Quanto a alegação de falta clareza e precisão e de não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere, assevera que juntamente com o demonstrativo da infração (docs. fls. 9 a 16), constam as vias das notas fiscais (docs. fls. 17 a 201), CD contendo os livros Registro de Entrada de Mercadorias e Apuração do ICMS (doc. Fls. 204) e documentos de folhas 01 a 5 (Auto de Infração), os quais demonstram com clareza e precisão a infração e a que período se refere. E que conforme documento de folhas 209, resta comprovado que a Autuada recebeu os demonstrativos e o Auto de Infração.

Em relação a arguição de decadência explica que o exercício fiscalizado foi o de 2011 e que a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 30/12/2016. E que a data da lavratura confirma que respeitou o prazo decadencial previsto no Art. 965 do Decreto nº 6.284/97, o qual transcreve.

Relativamente a alegação de que os créditos utilizados pela Autuada foram estão previstos em lei e que foram devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo, assevera que a Autuada não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 213 a 223.

Finaliza a informação fiscal afirmando que em todo o período do processo de fiscalização, procedeu em atendendo o que dispõe as normas em vigor, conforme comprovam os documentos de folhas 1 a 209 e está Informação Fiscal.

É o relatório.

## VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Preliminarmente quanto ao pedido de nulidade e de diligência para fins de reexame do feito, voto pelo indeferimento de ambos, pois o lançamento fiscal atendeu a todos os requisitos legais e regulamentares, sendo que verificamos no contexto que todos os elementos nucleares do lançamento de crédito tributário foram dotados da necessária clareza quanto aos fatos relatados.

Verifiquei também a existência das planilhas demonstrativas da memória de cálculo, as quais foram entregues a Impugnante conforme atesta documento às fls. 209, bem como os documentos fiscais objeto da acusação de uso do crédito indevido, constando anexo das fls. 17 a 201, e a comprovação da efetiva escrituração fiscal do alegado crédito indevido perpetrado pela Impugnante, conforme consta do livro de entradas, sendo este constante de mídia anexa às fls. 204, de forma que todos os elementos necessários a cognição acerca do presente lançamento fiscal constam dos autos, em nada ensejando a nulidade ou o cerceamento de defesa, sendo desnecessário qualquer diligência para esclarecimento sobre o feito.

Afasto também a alegação de que, o § 1º do art. 39 exigiria que a Autuante lavrasse o Auto de Infração no estabelecimento autuado, pois o citado diploma legal admite outros locais para lavratura, como a própria inspetoria fazendária, não sendo motivo de nulidade.

Quanto a alegação de decadência voto pelo afastamento desta quanto o período de janeiro/2011 a

novembro/2011, tendo em vista que conforme hodierna jurisprudência pátria e orientação da procuradoria Geral do estado – PGE, não deve ser reconhecida a decadência contados cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172 de 25.10.1966, para o caso em tela em que se verifica a intenção da Impugnante em proceder a conduta delitiva fiscal objeto da autuação, sobretudo em vista de que é reincidente na prática desta infração sendo objeto da lavratura de diversos autos de infração contendo esta mesma acusação fiscal, não sendo crível interpretar pela prática não dolosa, posto ser fragrante a opção da Impugnante em transgredir a legislação fiscal do ICMS. Assim voto pela imposição ao caso em tela da inteligência prescrita no § 4º do art. 150 do CTN, combinado com o Art. 173, afastando a arguição de decadência, por considerar como correta a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme reprodução abaixo:

*"Art. 150. 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.*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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. (Grifo acrescido)*

*"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"  
(...)*

Considero insubstancial, também a alegação de falta de precisão e clareza por verificar que o lançamento em tela contém todos os elementos necessários ao exercício da defesa da Impugnante. Destarte, descarto peremptoriamente o pedido de diligência por considerar os elementos constantes dos autos, demonstrativo de folhas 9 a 16, as vias das notas fiscais (docs. fls. 17 a 201) e CD contendo os Livros Registro de Entrada de Mercadorias e Apuração do ICMS (docs. fls. 204), suficientes para cognição quanto ao mérito da acusação fiscal sob exame. Documentos entregues a Impugnante conforme o documento acostado às folhas 209 do PAF.

Quanto ao mérito nada de material foi apresentado pela defesa para elidir a acusação fiscal, de modo que nada tenho a considerar sob este aspecto do ponto de vista da defesa. Entretanto, do ponto de vista da autuação, verifiquei que a acusação fiscal está condizente com os elementos probantes acostados à peça vestibular.

Destarte voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração em tela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0181843045/16-0**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$300.633,88**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTAN NETO - JULGADOR