

PROCESSO - A. I. Nº 018184.3045/16-0
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0140-02/17
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0341-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Fato comprovado nos autos. O lançamento só se efetiva com a ciência do autuado, o que ocorreu apenas no exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo acolhida a arguição de decadência, pela regra do Art. 173, I, do CTN, de forma a modificar a decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2016, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$300.633,88, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0140-02/17 (fls. 252 a 255), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“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 à 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 à 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 delitativa 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 flagrante 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 insubsistente, 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 à 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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 267 a 269), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual afirmou que o órgão julgador de primeira instância não trouxe aos autos nada de novo no sentido de contrariar os fatos e fundamentos apresentados na sua Defesa, que requereu que seja considerada como parte integrante do seu Recurso Voluntário, tendo simplesmente relatado fatos da autuação e transcrito a Informação Fiscal apresentada pela Autuante.

Disse que procedeu a todos os recolhimentos constantes da autuação, dentro do que prescreve a legislação pertinente, e que não houve utilização de crédito indevido, notadamente no que se refere a produtos que gozam de redução ou isenção de tributos.

Solicitou a aplicação do instituto da decadência em relação aos períodos anteriores a 30/12/2011, com base no §4º do Art. 150 do CTN.

Pedi que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou seja determinado que a infração seja excluída da autuação para recolhimento espontâneo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do presente Auto de Infração, relativo à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Quanto à arguição de decadência com base no §4º do Art. 150 do CTN, ressalto que, no que diz respeito a esta matéria, a Procuradoria Geral do Estado publicou o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, onde declarou que “conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Também explicou que “*conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no Art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*”.

Salientou ainda que “*as hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do Art. 150, §4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no Art. 173, I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação*”.

É necessário, portanto, a análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Neste caso, verificamos que a acusação se amolda perfeitamente ao constante no referido Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, já que foi verificado o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais relativos à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, os quais são, sem sombra de dúvida, manifestamente ilegítimos.

Entretanto, o lançamento só se efetiva com a ciência do autuado. E verifico que a ciência da autuação só ocorreu em 05/01/2017. Assim, mesmo pela regra do Art. 173, I do CTN, pelo qual conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, efetivamente ocorreu a decadência.

Assim, declaro a decadência em todo o período autuado.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.3045/16-0** lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS