

A. I. N° - 128984.3011/16-5
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.07.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0105-04/18

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDAS DE MERCADORIAS QUANDO NÃO MAIS EXERCIA REGULARMENTE AS ATIVIDADES COMERCIAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. DECADÊNCIA. Apesar dos fatos jurídicos tributários terem ocorrido no decorrer do exercício de 2011, janeiro a dezembro, e o Auto de Infração ter sido lavrado em 27/12/2016, a ciência ao autuado só ocorreu em 23/01/2017, portanto já decorrido o prazo legal de 5 anos, situação esta que configura a decadência da Fazenda Estadual do direito de proceder lançamento a título de exigência de crédito tributário do exercício de 2011. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração expedido em 27/12/2016 para exigir crédito tributário no valor de R\$1.021.001,00 em decorrência da seguinte acusação: *“Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei. Emitiu Notas Fiscais quando não mais exercia as atividades mercantis”*. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

A título de descrição dos fatos está consignado o seguinte: *“...Deixou de recolher ICMS em operações de vendas mercadorias, tendo em vista emissão de notas fiscais quando não mais exercia as atividades mercantis, com intuito de gerar crédito fiscal para a empresa Dalnorde Comércio, Importação e Exportação de Alimentos Ltda., sucessora da autuada”*.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 128 a 137, onde, inicialmente, argui a nulidade da ação fiscal, citando que o autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39 do RPAF/BA, porquanto não existe clareza quanto aos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação que apresentou.

Argui, também, como preliminar de nulidade, que o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/99 exige que se lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado, sendo que, apenas tomou conhecimento do mesmo quando da sua assinatura.

Afirma que muito mais grave ainda, *“é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que o autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas”*, ponderando que caberia ao autuante *“explicar em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração”*.

Alegou, também, cerceamento ao direito de defesa por imprecisão no lançamento, além de falta de clareza por desconhecer a que período fiscal ou contábil a infração se refere, tendo o autuante

passado por cima da legislação tributária pertinente, ou seja, exigindo da autuada, o pagamento de tributo sem indicar o período supostamente infringido conforme acima demonstrado e comprovado no próprio processo administrativo fiscal citado.

Com base nos argumentos supra requer a nulidade do Auto de Infração nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/BA.

No tópico seguinte passou a arguir a extinção do crédito tributário, sustentando que operou a decadência em relação aos lançamentos ora impugnados, os quais tiveram como fato gerador todo o período anterior à 27/12/2011, 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 pátria exarada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ e pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões relativas à essa matéria.

Explica seu entendimento acerca da decadência, o qual encontra guarida no Art. 150, § 4º do CTN, sendo que, no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação. Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no § 4º do artigo 150 da lei acima referida.

Acrescentou que tendo em vista que a doutrina, ao tratar como ato válido para a constituição do crédito tributário apenas a autuação fiscal, temos como entendimento consolidado através da jurisprudência que, somente após inscrito o crédito tributário em dívida ativa e emitida a CDA (certidão de dívida ativa), tem-se aí um título executivo, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, e neste momento não mais se fala em decadência, passando a se computar a prescrição.

Ao adentrar no mérito da autuação cita que o autuante apresenta demonstrativo incluindo valores relativos a vendas de mercadorias e omissão de pagamento de tributos, suposta e indevidamente efetuados de forma fraudulenta, sem, contudo, comprovar esse fato no processo em apreço.

Sustenta que as vendas que efetuou foram as que estão previstas em lei e devidamente comprovadas com a documentação fiscal referente as mesmas, juntados ao presente processo e com os tributos efetivamente pagos.

Diz que conforme documentos em anexo, agiu de forma correta, nos termos previsto na legislação que regulamenta a matéria (Constituição Federal, Código Tributário Nacional, Lei e Regulamento do ICMS/BA).

Sustenta que a documentação a que se refere o autuante, é idônea e foi devidamente registrada nos livros fiscais próprios, não havendo o que se falar em descumprimento de obrigação tributária, quaisquer que sejam, principalmente, com a suposta utilização de fraude, como quer crer o autuante. Desta forma, não há que se falar em cometimento desta infração, improcedendo a autuação.

Assevera que as Notas Fiscais foram emitidas e o imposto destacado efetivamente pago, não havendo que se falar em inidoneidade dos documentos fiscais referidos, e não consta que se encontrava, quando da emissão dos documentos fiscais, na situação de inapto ou baixado, portanto, tais documentos são idôneos.

Explica que esta infração está à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte do autuante a fim de que possa melhor se defender, não havendo da sua parte a prática de qualquer ato que possa se enquadrar como sendo uma fraude, como prevê a legislação atinente ao caso.

Solicita que seja determinado realização de diligência para fim de reexame do lançamento, e se constate a verdade material que diz apresentar, e conclui pugnando pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 146 a 149, citando que não procedem as alegações defensivas em relação ao pedido de nulidade do lançamento, pois se trata de uma única infração e que está posta com clareza.

Cita que o demonstrativo de fls. 04 a 07 relaciona as notas fiscais inidôneas emitidas pelo autuado, que descumpriu obrigação tributária principal, caracterizando ação fraudulenta quando emitiu notas fiscais quando não mais exercia as atividades comerciais. Diz que apresentou cópias dessas notas fiscais, fls. 16 a 98 enquanto que a infração e o enquadramento legal estão descritos no Auto de Infração.

Observa que também não procede o argumento defensivo de que o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento do infrator, citando o § 1º do Art. 39 do RPAF/BA que define que o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar a infração.

Assevera que não procede a alegação de cerceamento do direito de defesa e nem de falta de clareza e precisão no lançamento, vez que os demonstrativos de fls. 04 a 07, as fotocópias e fotocópias dos documentos fiscais, fls. 16 a 98, e o próprio Auto de Infração demonstram com clareza e precisão e a que período se refere, ao tempo em que o autuado recebeu tais demonstrativos.

Após contestar o pedido de nulidade do Auto de Infração, referiu-se ao pedido de extinção do crédito tributário suscitado pela defesa, sustentando que não procede a decadência arguída, visto que o lançamento abrangeu o exercício de 2011 enquanto que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 27.12.2016, citando o Art. 965 do RICMS/97, para afirmar que o direito da Fazenda Pública constituir crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em relação ao mérito destaca que o autuado alegou que os demonstrativos que apresentou, incluindo valores relativos a vendas de mercadorias e omissão de pagamentos de tributo, não estão comprovados.

Afirma que a infração está devidamente comprovada na medida em que o autuado emitiu notas fiscais quando já havia encerrado as atividades em 31 de dezembro de 2010, conforme informou à SEFAZ através do processo nº 091716/2016-3, fls. 10 a 14, enquanto que o autuado não apresentou documentos que comprovem os pagamentos de ICMS ocorridos no período autuado, e no Sistema SEFAZ não consta qualquer pagamento do imposto em relação a esse período.

Mantém o Auto de Infração em sua integralidade.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2016, para fatos geradores ocorridos a partir de 31/01/2011 até 31/12/2011, cuja ciência pelo autuado ocorreu no dia 23/01/2017.

À fl. 124 dos autos consta um documento a título de Termo de Início de Fiscalização lavrado em folha avulsa, constando a data de início da fiscalização como sendo em 27.12.2016, mesmo dia da lavratura do Auto de Infração, termo este que, ao final, contém a data de 28/12/2016, posterior ao dia do encerramento da fiscalização. Ressalte-se que este termo não contém a ciência do autuado, portanto, refere-se a um instrumento inapto.

O autuado suscitou a decadência do lançamento com a consequente extinção do crédito tributário para todos os fatos ocorridos em períodos anteriores a 27/12/2011, data da lavratura do Auto de Infração.

Vejo que esta questão de decadência atualmente já se encontra pacificada neste Conselho de Fazenda, a partir do entendimento firmado pela PGE/PROFIS através do documento intitulado Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0. Neste contexto, pode-se sintetizar que o Código Tributário Nacional alberga basicamente os seguintes critérios para efeito de contagem do prazo decadencial:

- a) Aquele previsto pelo Art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior ao devido;
- b) O previsto pelo Art. 173, inciso I, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato tributário, apura o montante devido mas não efetua o pagamento; não declara a ocorrência do fato jurídico tributário; declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento do imposto declarado, porém, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi a menos que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

À luz dos documentos anexados aos presentes autos poder-se-ia afirmar que os fatos jurídicos tributários estariam alcançados pela regra prevista pelo Art. 173, inciso I do CTN, já que o autuado, através do Processo SIPRO nº 091716/2016-3, com data de 31/05/2016, informou a SEFAZ que *“encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010, não houve movimentação nos anos de 2011 e 2012”* situação esta que o levou a não apresentar à Fiscalização a documentação solicitada em relação aos mencionados exercícios.

Ocorre, entretanto, que de acordo com os documentos fiscais constantes a partir da fl. 06 até a de nº 123 dos autos, está comprovado que o autuado emitiu durante o decorrer do exercício de 2011 quantidade significativa de notas fiscais a título de vendas para a empresa DALNORDE SUP. E DIST. DE ALIMENTOS LTDA., sua sucessora, de acordo com a informação do autuante, porém não declarou, não registrou e tampouco efetuou o pagamento dos impostos decorrentes dessas operações, as quais, certamente, geraram créditos fiscais ao destinatário.

Por outro ângulo, a PGE/PROFIS, se posicionou que vinha entendendo que, uma vez efetivado o lançamento de ofício, mediante lavratura de Auto de Infração ou Notificação Fiscal, não mais se poderia cogitar de decadência. Entretanto, esse mesmo órgão jurídico modificou essa linha de entendimento *“em face de reiteradas decisões judiciais no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos flui até a data em que o contribuinte seja notificado do lançamento de ofício”*, pontuando ainda que, *“mesmo que o auto de infração seja lavrado no quinquídio legal, ainda assim estaria configurada a decadência, se a notificação do sujeito passivo ocorrer já após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos”*.

Nessa linha de entendimento, foi apresentado pela própria PGE/PROFIS, a título ilustrativo, ementas de acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, os quais seguem abaixo reproduzidos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.

3. Súmula TFR 153: “Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos”.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDc1 no RESP 1162055/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/02/2011) (grifos acrescentados).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO OU PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, 1, DO CTN.

1. A Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é suficiente para a cobrança dos valores nela declarados, dispensando-se qualquer outra providência por parte do Fisco. RESP 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira seção, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008.

2. Na espécie, a Comissão de Valores Mobiliários ajuizou execução para cobrança da Taxa de Fiscalização de Valores Mobiliários, tributo esse que, nos termos da Lei n. 7.940, de 20 de dezembro de 1989, deve ser calculado trimestralmente pelo contribuinte, de acordo com o patrimônio líquido.

3. As instâncias ordinárias assentaram a ausência de entrega de declaração ou pagamento antecipado. Assim, o termo inicial do prazo decadencial se iniciou em 1^o.1.1996, tendo como termo final 31.12.2000. A notificação do contribuinte somente ocorreu em dezembro de 2001. Decadência configurada.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RESP 1259563/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011) (grifos acrescentados)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 DO CTN.

1. No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o débito tributário foi constituído em 2001 e que a citação do devedor ocorreu em 2009, de modo que ocorreu a prescrição. Não há nenhuma menção de impugnação administrativa. Desconstituir tais premissas requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo "despacho que ordena a citação A nova regra, entretanto, tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior a sua entrada em vigor.

3. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito, que se dá, nos casos de lançamento de ofício, quando não couber recurso administrativo ou quando se houver esgotado o prazo para sua interposição.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 788.656/RO, Rel. FERNAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016) (grifos acrescentados).

Neste contexto, verifico que apesar dos fatos jurídicos tributários terem ocorrido no decorrer do exercício de 2011, janeiro a dezembro, e o Auto de Infração ter sido lavrado em 27/12/2016, a ciência ao autuado só ocorreu em 23/01/2017, portanto, já após findo o prazo de 5 anos, situação esta que, à luz do quanto acima exposto, configura a decadência da Fazenda Estadual do direito de reclamar crédito tributário relativo ao ano de 2011.

Isto posto, voto pela improcedência do presente Auto de Infração, observando, finalmente, que em vista deste fato superveniente, deixo de apreciar as nulidades suscitadas pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.3011/16-5** lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF em 26 de junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR