

**A. I. Nº** - 280080.0002/15-8  
**AUTUADO** - T & A CONSTRUÇÃO PRÉ-FABRICADA S/A.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - DATA DA INTERNET: 1º/04/2019

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0012-01/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE ENTRADAS NO LIVRO PRÓPRIO. 1.a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. 1.b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 1.a) AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. 1.b) DEVOLUÇÕES NÃO COMPROVADAS. Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, relativamente à obrigação tributária principal, o prazo decadencial deve ser computado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Nos casos de descumprimento de obrigações acessórias, não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN, pois os respectivos lançamentos são efetuados de ofício pelas autoridades administrativas, não existindo homologação, o que desloca a contagem do prazo decadencial para o art. 173, I do referido Diploma Legal Complementar. Ademais, aplicando-se qualquer uma das regras (do art. 150, § 4º ou do art. 173, I do CTN), a Fiscalização deveria ter cientificado o sujeito passivo do Auto de Infração, no máximo, até 01/01/2016 (as ocorrências são todas de 2010, tanto as das obrigações principais quanto as das acessórias). O contribuinte foi intimado no dia 08/01/2016. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acolhida a prejudicial de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 23/12/2015, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$82.031,07, sob a acusação do cometimento das 04 (quatro) irregularidades a seguir aduzidas.

INFRAÇÃO 1 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (janeiro, fevereiro, abril e dezembro de 2010). Multa de R\$ 1.480,28, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (março e julho a novembro de 2010). Multa de R\$ 3.587,46, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais de uso e consumo (janeiro a dezembro de 2010). R\$ 53.348,50 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04 – Utilização indevida de crédito, a título de devolução de mercadorias por consumidores finais sem comprovação (janeiro a maio de 2010). R\$ 23.614,83 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

O contribuinte, tendo sido intimado no dia 08/01/2016 (fls. 41/42), ingressa com defesa às fls. 44 a

48.

Quanto à infração 1, afirma desconhecer as operações autuadas.

Após ter tomado conhecimento da lavratura do lançamento de ofício, buscou, sem sucesso, justificativas junto aos fornecedores, motivo pelo qual entende que cabe à Secretaria da Fazenda intimá-los.

Os poucos que atenderam aos seus pedidos apresentaram notas de devolução, já que o prazo para cancelamento dos documentos fiscais eletrônicos havia expirado (anexo I da impugnação).

Discrimina, à fl. 45, notas emitidas para a filial do Estado de Pernambuco (281.875 e 285.728), outra cujas mercadorias não foram entregues (12.711), bem como algumas cujas aquisições não efetuou e cujos emitentes não justificaram (121.322, 129.649 e 144.559).

Tece as mesmas argumentações ao refutar a infração 2, ou seja, de que não adquiriu os bens, ressaltando que a sociedade empresária TELEMAR NORTE LESTE S/A, no mês de setembro de 2010, emitiu contra si, sem justificativa, 79 notas de remessas de comodato.

Com fundamento no Parecer DITRI nº 24.151/2008, sustenta que o crédito glosado na infração 03 não tem relação com materiais de uso e consumo, pois se trata de óleo combustível e gás natural utilizados nas máquinas destinadas à industrialização dos produtos, essenciais às suas atividades.

Com referência à infração 4, discrimina, à fl. 48, algumas notas de devolução, acompanhadas de “*novas notas de vendas [emitidas] para acobertar o transporte*”.

Quanto às devoluções não documentadas, reconhece a falha e diz que não utilizou artifícios fraudulentos. A maioria dos seus clientes não possui a obrigação de emitir notas.

Requer a conversão da exigência para multa por descumprimento de obrigação acessória, por conceber que se trata de mera falta de emissão de documentos.

Encerra pleiteando a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 119 a 122, o autuante ressalta que a auditoria foi elaborada por determinação da Corregedoria da SEFAZ/BA, “*a partir da revisão fiscal da Ordem de Serviço 502.475/14 (...)*”.

Tem como descabida a alegação, referente às duas primeiras imputações, de desconhecimento das operações de entrada, uma vez que constam dos bancos de dados do Estado.

Segundo alega, o defendente, “*ao juntar algumas notas de devolução com as respectivas notas de venda, contradiz o próprio argumento*”, não tendo conseguido comprovar os registros dos documentos na escrita.

Relativamente à infração 3, assinala que no Parecer DITRI nº 24.151/2008, de fls. 91 a 93, foram expostas as seguintes condições para a utilização do crédito: a) realização de procedimento fiscal no estabelecimento; b) obediência ao art. 359 do RICMS-BA/1997 (especialmente quanto à emissão de documentos fiscais), e c) indicação dos documentos de aquisição na nota de recuperação de crédito e dos respectivos valores a serem recuperados.

O impugnante não teria atendido a nenhuma das condições.

Em relação à infração 4, o próprio fiscalizado reconheceu ter agido ao arrepio do art. 653 do RICMS-BA/1997.

Observa que dos versos das notas juntadas à defesa constam declarações de prepostos do Fisco sobre a falta de atendimento aos requisitos regulamentares para o uso do crédito.

Mantém a autuação na íntegra.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 126 a 167.

Transcrevendo doutrina e jurisprudência, suscita prejudicial de decadência, pois entende que os fatos geradores ocorridos no exercício de 2010 já não se encontravam sujeitos a lançamento fiscal, tendo em vista a fruição do prazo de que trata o art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional).

A intimação da lavratura ocorreu no dia 08/01/2016 (fls. 41/42).

No mérito das infrações 1 e 2, ratificando as razões defensivas, afirma que as multas recaíram “ *muito provavelmente* ” sobre operações canceladas. Entre 2009 e 2011, os contribuintes e a Administração Tributária ainda estavam em fase de adaptação às novas tecnologias digitais, sujeitos a todo tipo de engano.

Em seguida – objetivando comprovar a inconsistência da autuação -, menciona notas devidamente lançadas no livro Registro de Entradas, de prestação de serviços e de transferências entre filiais.

Os produtos referentes ao item 03 do Auto de Infração são essenciais ao desenvolvimento das suas atividades. Por isso, conclui que o crédito é legítimo. As justificativas apresentadas pelo autuante na informação fiscal para a manutenção da cobrança – a seu sentir -, são improcedentes.

Alega que a imputação é nula, visto que, embora tenha sido enquadrada no art. 93 do RICMS-BA/1997 no corpo da peça inicial, o auditor fundamentou a informação no art. 359 do mesmo Regulamento.

Por fim, no que diz respeito à infração 4, assegura que as notas de devolução foram emitidas em observância à legislação.

As fls. 147 a 167 são reproduções das fls. 126 a 146.

O PAF (Processo Administrativo Fiscal) foi encaminhado a auditor estranho ao feito, uma vez que o autuante estava em gozo de licença prêmio. O referido servidor tomou ciência da manifestação do contribuinte e encaminhou os autos ao CONSEF (fl. 238, frente e verso).

## VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois o autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Não invalida o ato administrativo a referência – em sede de informação -, a dispositivo regulamentar distinto daqueles discriminados na peça inicial. Significa mero reforço ao entendimento do auditor, que de nenhum modo prejudica o direito à defesa ou ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

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 declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados (as).

Em outras oportunidades, este relator adotou o entendimento de que, independentemente da natureza jurídica da exigência, seja na hipótese de imposto acrescido de multa por descumprimento de obrigação principal, seja na de penalidade por descumprimento de obrigação

acessória, se o sujeito passivo adotasse qualquer medida tendente à apuração do ICMS, haveria que se reconhecer como configurada a atividade a que se reporta a cabeça do art. 150 do CTN.

Tal critério, foi então concebido como o mais adequado à finalidade do instituto em comento (decadência), que é fazer com que não se torne eterno o direito estatal de lançar o imposto, em observância à necessidade de segurança nas relações jurídicas tributárias, tendo sido levada em conta, nos dias correntes, a tecnologia de informática em uso no cumprimento das obrigações acessórias (emitir notas, escriturar livros, apurar o ICMS etc.), a partir da qual o Fisco toma conhecimento instantâneo e imediato de tudo que ocorre com os contribuintes.

*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.*

Entretanto, reflexões posteriores nos levaram à inexorável conclusão de que, nos casos de descumprimento de obrigações acessórias, não há que se falar no art. 150, § 4º do CTN, pois os respectivos lançamentos são efetuados de ofício pelas autoridades administrativas, não existindo homologação, o que desloca a contagem do prazo decadencial para o art. 173, I do referido Diploma Legal Complementar.

Este tem sido o entendimento até então adotado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), por exemplo, respectivamente, nas Decisões colegiada e monocrática referentes aos Recursos Especiais nºs 1055540 SC e 1314882 SC.

Ademais, aplicando-se qualquer uma das regras acima discriminadas (do art. 150, § 4º do CTN ou do art. 173, I), a Fiscalização deveria ter cientificado o sujeito passivo do Auto de Infração, no máximo até 01/01/2016 (as ocorrências são todas de 2010, tanto as das obrigações principais quanto as das acessórias).

Portanto, como a notificação ocorreu no dia 08/01/2016 (posterior ao “*dies ad quem*”; fls. 41/42), deve-se ter como alcançadas pelo fenômeno decadencial as ocorrências constantes do presente lançamento de ofício, todas do exercício de 2010.

Acolhida a prejudicial de decadência.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **280080.0002/15-8**, lavrado contra **T & A CONSTRUÇÃO PRÉ-FABRICADA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2019.

RUBENS MOUTINHO SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR