

A.F. Nº - 128984.0004/18-4  
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM  
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/02/2022

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0014-02/22-VD

**EMENTA:** ICMS CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Utilização indevida de crédito do ICMS na compra de mercadorias com destaque a maior nos documentos fiscais. Parte do crédito reclamado atingido pela decadência conforme art. 150, § 4º do CTN. Impugnante não apresentou provas capazes de elidir a ação fiscal. Re feita a planilha para o novo valor lançado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração, lavrado em 21/09/2018 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 130.126,02, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

**Infração 01 – 01.02.41:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Utilizou Crédito indevidamente em virtude de erro na aplicação da alíquota a maior nos documentos fiscais. Nos períodos de janeiro a dezembro de 2013

**Enquadramento Legal:** Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art.309, § 7º do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

**Tipificação da Multa:** Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

O Autuado apresenta peça defensiva através de seu representante legal, com anexos, às fls. 19/35, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação.

Preliminarmente afirma que está diante de clara decadência da exigibilidade das obrigações referentes ao período de 01/01/2013 a 31/08/2013, que não podem prosperar por conta da decadência explícita no “artigo 156, V do CTN”, visto que lançadas em 26/09/2018.

Na segunda preliminar argui a nulidade da autuação, com as seguintes alegações: I) O Auto de Infração não foi lavrada no local onde está estabelecida a empresa, admitindo-se em caráter excepcional e fundamentada que seja lavrado na repartição fazendária ou no local onde apurar a infração; II) Falta de clareza na lavratura quando deixa de discriminar as notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado que geraram a emissão do Auto de Infração, cerceando a plena defesa. Traz como referência o art. 142 do CTN e o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, com o intuito de demonstrar que o autuante deixou de incluir no A.I. elementos suficientes para se determinar a infração, e que não atendeu aos princípios da legalidade e segurança jurídica.

No mérito inicia fazendo um relato de como funciona o sistema de compensação de débito/crédito do ICMS para fazer valer a sua característica do princípio constitucional da não cumulatividade.

Diz que, como o procedimento fiscal ora impugnado trata de operações referentes à circulação de mercadorias, o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve omissão de saídas seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado, o que não ocorreu. A forma de auditagem deveria ter sido trabalhada em atendimento aos critérios de avaliação de estoque adotados pela contabilidade, pois é essa a ciência que determina a sua forma de apuração. Os fiscais, ao optarem em não adotar tal forma imputaram ao ato falha na formulação, desprezando a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada.

Ressalta que a constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, o que não ocorreu fruto de uma fiscalização eivada de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadorias sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito, nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

O Impugnante apresenta também, vasta argumentação e teses de diversos juristas sobre a vedação constitucional ao confisco, onde entendo não ser este conselho, o fórum adequado para a discussão desse tema.

Por fim, a Recorrente requer que se digne acolher as razões recursais expostas, para reformar o acórdão ora combatido, para acolher a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, que sejam o auto no mérito, julgado improcedente, pelas razões expostas.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 38 a 41, informando que a autuada apresentou defesa no prazo regulamentar e sobre a mesma passa a tecer as seguintes considerações:

**Item 1.1 Preliminar de decadência** - a autuada requer a decadência extinguindo o crédito tributário relativo aos lançamentos efetuados, tendo fato gerador o período de 01/01/2013 a 31/08/2013. A alegação não procede. O exercício inicia-se em 01/01/2013 e seu término em 31/12/2013. A lavratura do Termo de início de fiscalização datado de 02 de abril de 2018 e o presente Auto de Infração lavrado em 21/09/2018. Conforme dispõe o art. 965 do Decreto nº 6.284/97, o direito da fazenda pública de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento poderia ter sido efetuado.

**Item 1.2 – Nulidade da ação fiscal** – Alega a Autuada que o Auto de Infração deva ser realizado no estabelecimento do infrator. A alegação não procede, o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/99, dispõe que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

- A Autuada alega que o Autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do art.39 do RPAF/BA. Afirma que não existe clareza quanto aos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada por ele. As alegações não procedem, trata-se de uma única infração, conforme o documento de folha 1 e 2, a mesma informa com clareza a infração cometida pela Autuada. O demonstrativo constante na mídia relaciona as Notas Fiscais que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal, em decorrência de destaque do imposto a maior, em virtude de erro na aplicação da alíquota e a infração e o enquadramento legal estão descritos no documento de folhas 1 e 2.

- A Autuada alega cerceamento do direito de defesa. Afirma falta de clareza e precisão ao não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere. As alegações não procedem, o demonstrativo de folhas 03 (demonstrativo de débito), e os documentos de folhas 1 e 2 demonstram com clareza e precisão a infração e a que período se refere, sendo que a Autuada recebeu os demonstrativos e a via do Auto de Infração.

**1.3-Carência das provas produzidas** – A Autuada faz alegações totalmente descabidas, que deveria ser apurado o saldo de movimentação, se fosse positiva poderia concluir que ocorreu omissão de saídas assim não caberia questionamento do reclamante. As alegações não procedem, pois, que foi exigido crédito fiscal indevido, por aquisições interestaduais com mercadorias

destinadas a comercialização e sujeitas à tributação por substituição tributária por antecipação total.

**1.4-Da solicitação da Fiscalização** - Senhores julgadores, pelos fatos aqui expostos, e pelo que constam em todo o processo, solicita este preposto fiscal, que julgue procedente integralmente o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$ 130.126,02, e é composto de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acordão.

Em preliminar a impugnante argui a nulidade da autuação, com as seguintes alegações: i) O Auto de Infração não foi lavrado no local onde está estabelecida a empresa, admitindo-se em caráter excepcional e fundamentada que seja lavrado na repartição fazendária ou no local onde apurar a infração; II) Falta de clareza na lavratura quando deixa de discriminar as notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado que geraram a emissão do Auto de Infração, cerceando a plena defesa.

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, pois o Auditor Fiscal expõe com clareza e correção a fundamentação de fato e direito, descreveu aquilo que entendeu como irregularidade indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou quaisquer outros de direito constitucional, administrativo, ou tributário, em especial quanto à alegação da lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento, que é permitido pela legislação, conforme estabelece o Art. 39, § 1º do RPAF-BA/99.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Na segunda preliminar o sujeito passivo requereu a declaração de decadência da exigibilidade das obrigações referentes ao período de 01/01/2013 a 31/08/2013, com base /no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “*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*”.

O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF a PGE/PROFIS, promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em **Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0**, nos seguintes termos:

*1 - 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.*

- 2 - *O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.*
- 3 - *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.*

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, inc. 1 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.

No caso concreto a Notificação Fiscal foi **lavrada em 21/09/2018**, com ciência ao contribuinte em **03/10/2018**. Assim, os fatos geradores anteriores a **03/10/2013**, ou seja, concretizados antes do interstício de 5 (cinco) anos, com datas de ocorrências do período de 31/01/2013 a 30/09/2013, foram atingidos pela decadência. Sendo os créditos tributários reclamados naquelas datas extintos, incidindo neste caso a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

**Art. 156** – *Extinguem o crédito tributário:*

(...)

*V – a prescrição e a decadência.*

No mérito a Impugnante não apresentou nenhuma argumentação defensiva ou prova contra a exação, se limitando a argumentações sobre o crédito tributário em consequência de omissão de saídas, que não se aplica no processo em questão, que trata da utilização de crédito indevido do ICMS.

Dessa forma, entendo que deve ser mantida a cobrança da infração do Auto de Infração, excluídos os meses alcançados pela decadência (janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 2013), conforme a fundamentação tracejada linhas acima. Assim, a infração 01 passa a ter a seguinte composição:

DATA OCORRÊNCIA	DÉBITO VALOR HISTÓRICO
31.10.2013	10.138,90
30.11.2013	12.611,24
31.12.2013	15.941,69
TOTAL	38.691,83

Desta forma, com as alterações no montante lançado, o Auto de Infração passará do valor histórico de R\$ 130.126,02 para o valor de R\$ 38.691,83, sendo julgada PROCEDENTE EM PARTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **128984.0004/18-4**, 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\$ 38.691,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, inc. VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto n 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR