

A. I. N° - 279757.0037/20-2  
AUTUADO - VIGOR ALIMENTOS S.A.  
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO  
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2022

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0231-01/22-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO.** Acolhida a arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, junho e julho de 2015, haja vista que a contagem do prazo decadencial, no presente caso, se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Excluídos os valores alcançados pela decadência. Quanto ao período não alcançado pela decadência, o autuado elide a autuação ao colacionar aos autos o documento fiscal que legitima o crédito fiscal utilizada. Infração insubsistente. **b) CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO.** Os autuantes realizaram o levantamento quanto ao crédito presumido de 16,66%, previsto no art. 2º do Decreto n. 7799/2000 e confrontaram com o crédito lançado pelo autuado na sua EFD, o que resultou na apuração de um valor menor de crédito presumido do que o valor lançado pelo autuado, decorrendo daí a diferença exigida. Infração subsistente. **c) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS.** Infração reconhecida. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/08/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 34.317,14, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

**Infração 01 - 01.02.42** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a março, junho, julho e setembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12.672,69, acrescido da multa de 60%;

**Infração 02 - 01.04.06** – Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12.067,03, acrescido da multa de 60%;

**Infração 03 - 01.05.03** – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de agosto a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.577,42, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.86 a 98). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva dizendo que foi intimado da lavratura do presente Auto de Infração, via DT-e, no dia 13/08/2020, conforme cópia da intimação anexada (Doc. 02). Consigna que considerando o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação de defesa previsto no art. 123, do RPAF, o termo final para sua apresentação seria em 12/10/2020, feriado nacional de Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil. Afirma que desse modo, nos termos do art. 22, § 1º, do mesmo RPAF, bem como em razão do feriado supramencionado, o prazo fatal para protocolo da defesa venceria em 13/10/2020, razão pela qual a defesa é tempestiva, razão pela qual deverá ser recebida, processada e julgada na forma regulamentar.

Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que à exceção da infração 03, a autuação não merece prosperar.

Preliminarmente, alega cerceamento de defesa.

Alega que a capitulação que fundamentou as supostas infrações é absolutamente genérica e inexata, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser declarado nulo por cerceamento de defesa diante da impossibilidade de se identificar a conduta em que a empresa foi enquadrada.

Invoca e reproduz os artigos 18, mais seus incisos, além do artigo 39, inciso V, do RPAF/BA/99, para se reportar sobre os requisitos mínimos de validade do Auto de Infração, bem como as nulidades.

Afirma que no presente caso, a autuação não deve prosperar, haja vista que: (i) os dispositivos legais que fundamentam a autuação são completamente genéricos; (ii) há insegurança na determinação da infração.

O Auto de Infração impugnado traz como fundamentação diversos dispositivos legais, contudo não há uma discriminação exata da suposta conduta infratora por parte da empresa. Tece amplas considerações sobre o cerceamento do seu direito de defesa, invocando, neste sentido, lição de Geraldo Ataliba.

Afirma que não se observa o fenômeno da subsunção no caso em questão, pois se trata de fundamento genérico e abstrato, o qual não demonstra quais incisos e artigos de Lei decorrem a infração em que foi autuado.

Diz que dessa forma, não há meio para analisar se o fato corresponde completamente e rigorosamente à descrição que se faz a lei, de modo a acarretar nítido cerceamento de defesa.

Conclusivamente, afirma que o Auto de Infração deve ser declarado nulo, com fundamento no art. 18, incisos II e IV, “a” e art. 39, V, ambos do RPAF/BA/99.

No mérito, esclarece que efetuou o pagamento do débito referente à infração 03, conforme documento que anexa, razão pela qual não apresentará defesa apenas quanto a este item, de modo que o processo administrativo deverá prosseguir com a defesa referente às infrações 01 e 02. Requer que seja providenciada a baixa do débito relativo à infração 03.

Argui a decadência parcial do Auto de Infração.

Observa que o presente Auto de Infração exige ICMS incidente sobre operações ocorridas entre os meses de janeiro e dezembro de 2015, conforme as próprias planilhas constantes na autuação.

Alega que somente foi intimado em 13/08/2020, ou seja, mais de cinco anos após a ocorrência de parte dos fatos geradores dos créditos tributários exigidos.

Afirma que dessa forma, resta evidente a decadência parcial dos lançamentos objeto da autuação.

Diz que na dicção do artigo 142 do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Observa que o ICMS está sujeito ao lançamento por homologação, pois ao praticar a circulação de mercadoria, a empresa relatou o acontecimento em linguagem própria - por meio de documentos

fiscais - e procedeu ao pagamento do valor devido, sendo que o prazo para constituição dos créditos tributários sujeitos ao lançamento por homologação está disciplinado no art. 150, § 4º, do CTN, cuja redação reproduz.

Assevera que expirado o prazo discriminado no § 4º do art. 150 do CTN, 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, situação na qual será aplicada a regra decadencial prescrita pelo art. 173 do Código Tributário Nacional, extinguindo-se o crédito após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assinala que no presente caso, não há qualquer indício de dolo, fraude ou simulação, seja na descrição fática, seja no resumo da autuação. Acrescenta que surge como requisito indispensável à perfeita aplicação da hipótese que enseja a aplicação da norma do art. 173, I, a existência de provas que atestem a vontade do agente fraudar ou simular para evitar que se conheça a ocorrência do fato tributário. Diz que somente com a demonstração da evidente intenção de praticar o ilícito é que será possível desencadear as normas previstas pela legislação para coibir as práticas de burla à legislação fiscal.

Ressalta que recolheu valores a título de ICMS referentes aos lançamentos efetuados para a competência em referência, de modo que a aplicação do art. 150, § 4º do CTN não pode ser afastada.

Conclusivamente, diz que assim sendo, de rigor o reconhecimento da nulidade do presente Auto de infração, tendo em vista a extinção do crédito tributário pela decadência referente ao período anterior a agosto de 2015, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Reporta-se sobre a improcedência da infração 01.

Frisa que não obstante o cerceamento de defesa arguido alhures, que fulmina o presente Auto de Infração, no mérito a infração 01, também não tem melhor sorte.

Aduz que pelo pouco que se pode compreender da pífia fundamentação da infração 01, a acusação é de suposto crédito indevido lançado na EFD da empresa sem o lastro para tanto. Afirma que faz jus aos créditos que foram lançados em sua escrituração, nos termos do art. 309, inciso V, do RICMS/BA, cuja redação reproduz. Diz que da mesma forma, a Lei Complementar 87/96 garante a possibilidade de tomada de créditos de ICMS decorrentes da utilização de serviços de transporte, conforme consta no art. 20, do referido diploma legal, cuja redação também transcreve.

Alega que a possibilidade do aproveitamento do imposto em relação ao serviço de transporte tomado pelo contribuinte é decorrência do princípio da não cumulatividade do ICMS insculpido no art. 155, § 2º, da Constituição Federal, de modo que não pode ser afastado da forma como foi no presente feito.

Esclarece que no período compreendido entre os meses de janeiro e setembro de 2015 contratou serviços de transporte, conforme cópias dos conhecimentos de transporte eletrônicos anexados (Doc. 03), criando-se assim o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da tomada do serviço de frete.

Consigna que todavia, considerando-se as dificuldades logísticas existentes em decorrência das limitações provenientes da pandemia de COVID19, informa que até o momento não localizou os comprovantes de pagamento do ICMS de tais operações, protestando desde logo pela concessão de prazo para realização da juntada desta documentação.

Conclusivamente, diz que restou devidamente demonstrada a improcedência da infração 01, uma vez que comprovada a tomada dos serviços de frete que dão direito ao crédito de ICMS não reconhecido pela Fiscalização.

Reporta-se sobre a improcedência da infração 02.

Afirma que a infração 02 possui sério vício de fundamentação, uma vez que não traz os fatos exatos que geraram a autuação, implicando em cerceamento de defesa, conforme exposto alhures.

Salienta que pelo pouco que se pode extrair dos termos da infração 02, trata-se de suposta utilização indevida do crédito presumido de ICMS previsto no art. 2º do Decreto Estadual nº 7799/00. Reproduz o referido dispositivo normativo.

Diz que da leitura do referido dispositivo normativo, extrai-se que apenas aquelas empresas cuja atividade esteja descrita no ANEXO ÚNICO do Decreto Estadual 7799/00 poderão fazer uso do crédito presumido nele previsto.

Acrescenta que conforme consta no CNPJ da empresa (Doc. 04), a sua atividade econômica é de “Comércio atacadista de leite e laticínios”.

Alega que verificando o ANEXO ÚNICO do Decreto 7799/00, no primeiro item da lista a atividade consta “Comércio atacadista de leite e laticínios”, ou seja, a mesma atividade que exerce.

Afirma que desse modo, a conclusão não é outra, senão quanto ao seu enquadramento para utilização do crédito presumido previsto no art. 2º do Decreto 7799/00.

Conclusivamente, diz que diante do exposto, a improcedência da infração 02, é a medida de rigor, razão pela qual se faz necessário o cancelamento do presente Auto de Infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

*(i) Seja reconhecido o pagamento do auto de infração, no tocante apenas a INFRAÇÃO 03, conforme exposto alhures, prosseguindo-se com a análise dos demais argumentos de defesa apresentados;*

*(ii) Seja ANULADA a autuação em epígrafe, tendo em vista o cerceamento de defesa e a insegurança na determinação da infração noticiados acima em sede de preliminar;*

*(iii) Caso seja afastada a preliminar acima apontada, o que admite apenas a título de argumentação, que seja reconhecida a DECADÊNCIA PARCIAL do crédito tributário em cobrança no auto de infração em epígrafe, conforme exposto alhures;*

*(iv) Quanto ao mérito propriamente dito, o CANCELAMENTO do auto de infração em epígrafe, pois demonstrada a regularidade das operações objeto das infrações 01 e 02.*

*(v) A juntada posterior de documentos, em especial quanto à INFRAÇÃO 01, no decorrer do processo administrativo, tendo em vista as limitações logísticas decorrentes da pandemia de COVID19, bem como em homenagem ao princípio da verdade material*

*Por fim, requer doravante todas as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam direcionadas ao advogado da Impugnante, Dr. Fábio Augusto Chilo, inscrito na OAB/SP 221.616, com endereço profissional na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, São Paulo-SP, CEP 05.118-100, inclusive para se fazer presente no julgamento e realizar sustentação oral, sob pena de nulidade.*

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls.171/172). Observam que o autuado reconheceu a procedência da infração 03 e apresentou defesa administrativa atinente às infrações 01 e 02.

No que denominam de “Mérito”, inicialmente, esclarecem que, em se tratando da decadência, somente há exigência de ICMS no período de janeiro a julho de 2015 referente à infração 01.

Explicam que isso se dá pelo fato de que o autuado registrou na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD valores que, até prova em contrário, são inexistentes em decorrência da falta de apresentação de documentos fiscais, portanto, não se trata de documentos registrados na escrita fiscal da empresa passíveis de homologação, mas sim oriundos de documentação inexistente.

Asseveram que não há que se falar em decadência de crédito inexistente. Reproduzem o artigo 314, do RICMS/BA/12.

Afirmam que ao contrário do que alega o autuado, a acusação não é de “suposto crédito indevido lançado na EFD da Impugnante sem o lastro para tanto”. Sustentam que estão comprovados os registros na EFD (fl. 15).

Dizem que o autuado não elidiu a acusação. Reproduzem a alegação defensiva constante à fl. 109, no seu penúltimo parágrafo, no sentido de que, não localizou os comprovantes de pagamento do



ICMS de tais operações, até o momento, protestando pela concessão de prazo para realização da juntada desta documentação.

Ressaltam que essa declaração do autuado é datada de 09/10/2020 (fl. 112) e que até a data de 06/07/2021, o autuado não promoveu a juntada de nenhum documento fiscal que lastreie os registros realizados na sua EFD.

Conclusivamente, dizem que a autuação não foi elidida.

No que tange à infração 02, dizem que os demonstrativos de fls. 09 a 11 (recorte), completos na mídia de fl. 16, comprovam que o autuado calculou de forma equivocada o estoque de débito nas saídas interestaduais (tributadas a 12%) em decorrência de ser beneficiário do Termo de Acordo Atacadista, com carga tributária efetiva de 10% (dez por cento) nas saídas.

Salientam que conforme se verifica, o autuado simplesmente nega o cometimento da infração, contudo não apresenta números diferentes dos apurados na ação fiscal e muito menos os contesta.

Conclusivamente, dizem que conforme visto o autuado não elidiu as acusações impostas pelo presente Auto de Infração, haja vista que na infração 01, alega a existência de documentos fiscais que seriam juntados posteriormente e não o fez, e na infração 02, não elidiu a acusação sequer apresentando sua memória de cálculo que se opusesse aos valores apresentados pela fiscalização.

Finalizam a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

Consta à fl. 181 Despacho da Coordenadora CPAF, no sentido de que, a ciência do PAF se deu por meio do DT-e, em 13/08/2020, conforme documento de fl. 19 dos autos.

Explica que a contagem do prazo teve início em 15/08/2020, conforme Decreto n. 19.886 de 30/07/2020, sendo que o prazo final para apresentação da defesa ocorreu em 13/10/2020.

Assinala que em conformidade com o comprovante de *e-mail* do contribuinte no documento de fl. 33, referente ao pedido de protocolo da Impugnação em 09/10/2020, a defesa é tempestiva, tendo sido apresentada no curso do prazo regulamentar, sendo necessário o cancelamento da inscrição na dívida ativa e do protesto.

Consta à fl. 184 Despacho da GECOB/Dívida Ativa encaminhando o PAF ao CONSEF para julgamento.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do Contribuinte, advogado Fábio Augusto Chilo, OAB/SP n. 221.616, que exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo objeto de impugnação as infrações 01 e 02 e de reconhecimento a infração 03.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por cerceamento de defesa.

Alega o impugnante que a capitulação que fundamentou as supostas infrações é absolutamente genérica e inexata, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser declarado nulo por cerceamento de defesa diante da impossibilidade de se identificar a conduta em que a empresa foi enquadrada.

O exame da peça acusatória inicial juntamente com os demais elementos elaborados pelos autuantes - demonstrativos/planilhas - cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme intimação acostada às fls. 18/19, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, verifica-se que as descrições das infrações constantes no Auto de Infração são claras, havendo inclusive no tocante à infração 01, o registro adicional que afasta qualquer dúvida sobre em que consiste este item da autuação. Já na infração 02, apesar de não haver um registro

adicional, como ocorreu com a infração 01, o enquadramento legal aponta o artigo 2º do Decreto nº. 7799/2000 c/c o art. 305 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, além do demonstrativo atinente a esta infração ser bastante claro na própria denominação dada pelos autuantes, ou seja: “Utilização de Crédito Fiscal de ICMS Indevido Decorrente de Registro a Maior de Crédito Presumido Saídas Interestaduais na EFD – Dec. 7799/2000”.

Dessa forma, no presente caso, não vislumbro a ocorrência de nulidade do lançamento de ofício por cerceamento de defesa, aliás, registre-se, defesa exercida plenamente pelo autuado.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a não ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de invalidar o lançamento.

O impugnante argui a decadência parcial do Auto de Infração. Alega que o Auto de Infração exige ICMS incidente sobre operações ocorridas entre os meses de janeiro e dezembro de 2015, contudo que somente foi intimado em 13/08/2020, ou seja, mais de cinco anos após a ocorrência de parte dos fatos geradores dos créditos tributários exigidos.

Observa que o ICMS está sujeito ao lançamento por homologação, pois ao praticar a circulação de mercadoria, a empresa relatou o acontecimento em linguagem própria - por meio de documentos fiscais - e procedeu ao pagamento do valor devido, sendo que o prazo para constituição dos créditos tributários sujeitos ao lançamento por homologação está disciplinado no art. 150, § 4º, do CTN.

Conforme já pacificado na jurisprudência deste CONSEF, com fundamento em orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado – PGE, no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, se dá 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.

No presente caso, a infração 01 se amolda nesse entendimento, haja vista que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal declarado pelo Contribuinte e não há qualquer registro nos autos de que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, portanto, aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN.

O Auto de Infração foi lavrado em 10/08/2020 e a ciência do autuado ocorreu em 13/08/2020, sendo que, a teor da Súmula 12 do CONSEF, o lançamento somente se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte.

Assim sendo, considerando o acima explanado, ocorreu a decadência no tocante à infração 01, nos meses de janeiro, fevereiro, março, junho e julho de 2015, cabendo a exclusão dos respectivos valores no total de R\$ 11.979,73, remanescendo apenas o valor de R\$ 692,96 referente ao mês de setembro de 2015.

No tocante à exigência remanescente, o valor exigido de R\$ 692,96, foi lançado pelo autuado na sua EFD, sendo que, conforme consignado pelos autuantes na Informação Fiscal, o autuado alegou na sua defesa que não localizou os comprovantes de pagamento do ICMS, até o momento, protestando pela concessão de prazo para realização da juntada desta documentação, contudo esta declaração do autuado é datada de 09/10/2020 e que até a data da Informação Fiscal, ou seja, 06/07/2021, o autuado não promoveu a juntada de nenhum documento fiscal que lastreasse os registros realizados na sua EFD.

Na realidade, consta à fl. 163 o DACTE n. 212, trazido pelo autuado, no qual consta o valor do imposto de R\$ 692,95, referente à prestação de serviço de transporte, emitido pela empresa Megga Distribuidora Ltda.

Diante disso, considero que o autuado elidiu acusação fiscal, sendo, desse modo, improcedente a

infração 01.

No que tange à infração 02, observo que os demonstrativos elaborados pelos autuantes, acostados às fls. 09 a 13 dos autos, em recorte, e na íntegra no CD de fl. 16, não deixam dúvida quanto ao acerto da autuação.

Os autuantes realizaram o levantamento quanto ao crédito presumido de 16,66%, previsto no art. 2º do Decreto n. 7799/2000 e confrontaram com o crédito lançado pelo autuado na sua EFD. O referido confronto resultou na apuração de um valor menor de crédito presumido do que o valor registrado pelo autuado. Daí a diferença exigida.

Diante disso, a infração 02 é procedente.

Quanto à infração 03, foi reconhecida pelo autuado, inclusive objeto de pagamento, o que aponta o acerto da autuação, sendo, desse modo, subsistente, cabendo homologação do pagamento e, conseqüentemente, a extinção do crédito tributário, consoante o art. 156 do CTN.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0037/20-2**, lavrado contra **VIGOR ALIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 21.644,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR