

A. I. Nº - 089604.0007/18-4  
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO CORREIA DE SOUZA  
ORIGEM - DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU / INFAC ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0081-04/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatado o argumento defensivo de inclusão no levantamento fiscal de mercadorias tributadas normalmente. Acolhida a decadência parcial do lançamento relativa aos fatos geradores ocorridos em janeiro a agosto de 2013. Afastadas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2018 para exigir ICMS no valor de R\$ 169.864,78, tendo em vista a apuração da seguinte infração:

*01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS eferente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária."*

O autuado através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa, às fls. 17 a 39, e, preliminarmente argui que as obrigações referentes ao período de 01/01/2013 a 31/08/2013 não podem prosperar por conta da decadência explícita no Artigo 156, V, do Código Tributário Nacional, visto que lançadas em 26/09/2018.

Aduz que malgrado faça referência ao local da lavratura, a intenção não foi a de situar a punição no espaço, mas sim no tempo. O que se exige é a punição imediata. E se o auditor fiscal não encontrar o responsável pela empresa na frente de trabalho, melhor seja que o localize em sua sede ou escritório central. Portanto, a lavratura dos autos de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção, não tendo sido observado esse requisito, o auto de infração é nulo.

Com relação a clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo Fiscal, a Recorrente não pode se curvar a decisão ora combatida, haja vista que é cristalino que a infração lavrada, fora do ambiente comercial da Recorrente, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Assim, verifica-se que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal, conforme o demonstrado no quadro acima. Tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados pois desobedece ao Art. 142 do CTN, cuja redação transcreveu.

Afirma que de acordo com igualdade constitucional que previsiona a PLENA DEFESA, os lançamentos devem contar com a devida CLAREZA, restando NULAS as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, CERCEANDO A PLENA DEFESA. Portanto, impõe-se a revisão da decisão proferida no acórdão ora combatido, para acolher a preliminar suscitada na impugnação, pelas razões de direito largamente expostas, encerrando o auto de infração, por ser flagrante sua nulidade.

Em seguida fala sobre o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS asseverando que em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Ressalta que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

Portanto, o contribuinte tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta - corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento. Assim, os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovado nos autos.

Lembra que estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Fala sobre as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, acrescentado que habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante a importação e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Questiona as multas aplicadas, que ao seu entender são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Transcreve o disposto no art. 150 da Constituição e afirma que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual consta nos autos de infração.

Assim, os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente. E, em prevalecendo o crédito tributário exigido pelo Fisco Estadual, caracterizado estará o confisco, pois, o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

No mérito, observa que o auditor fazendário lançou tributos em produtos não incluídos no regime de Substituição Tributária, e apresenta planilha às fls. 23 a 44, indicando as mencionadas mercadorias, e, demonstrativo de fl. 44 e 45 apontando valores mensais que entende serem devidos.

Externa o entendimento de que o procedimento fiscal ora impugnado trata de operações referentes à circulação de mercadorias, o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve a omissão de saídas seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no Livro de Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas do período analisado e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período. Acrescenta que se a diferença dessa movimentação fosse positiva (saldo da movimentação maior do que o saldo escriturado no Livro Registro de Inventário), poderiam concluir que ocorreu omissão de saídas, não cabendo questionamentos por parte da reclamante. Se a diferença fosse negativa (saldo da movimentação menor do que o saldo escriturado no Livro Registro de Inventário), a conclusão seria que as mercadorias foram adquiridas sem documento fiscal ou que este (documento fiscal) não foi registrado nos livros fiscais. Nesses casos cabe a presunção de que as mercadorias foram adquiridas com recursos não declarados.

Ressalta, porém, que não foi o que ocorreu no caso concreto, ora combatido. Além dos fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, procedimento indispensável para comprovar

a infração imputada à empresa, os livros fiscais e contábeis desta comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

A forma de auditagem citada deveria ter sido trabalhada em atendimento aos critérios de avaliação de estoque adotados pela Contabilidade, pois é essa ciência que determina a sua forma de apuração. Os fiscais, ao optarem em não adotar tal forma e não seguirem a tais mandamentos legais, imputaram ao ato falha na formulação, pois desrespeitaram os fundamentos científico-jurídicos característicos a este procedimento de exame.

Assevera que o fiscal desprezou a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada. Os produtos tinham tributação “cheia” sem direito a qualquer redução de base de cálculo. Foi falha de sistema.

Ao Fisco cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário. No desempenho de suas atividades, o Agente Fazendário deverá examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção.

A constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, e deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento. Não foi o que de fato ocorreu. Fruto de uma fiscalização eivada de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito. Nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Os documentos juntados ao auto de infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS.

Neste sentido, não há validade jurídica para o presente lançamento, uma vez que:

- a)** decorre de violação a determinação constitucional, se fundamentando assim sobre prova ilícita;
- b)** os documentos apresentados não dizem respeito à atividade da empresa, sendo a ela estranhos;
- c)** não há envolvimento de fato gerador de ICMS.

Fala longamente sobre presunção e vedação constitucional ao confisco e finaliza formulando os seguintes pedidos: “*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, o que não confia a Recorrente, que sejam o auto, no mérito, julgado improcedente, pelas razões expostas*”.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 62 a 63, diz que, em relação à decadência a mesma deve ser apreciada pelo órgão julgador, descabendo a ele opinar favoravelmente ou não. Em relação à nulidade da ação fiscal diz que a mesma não deve prosperar pois o PAF contém todos os atos processuais previstos no art. 142 do CTN e art. 28 do RPAF/BA.

Em relação a planilha apresentada pelo autuado na peça defensiva diz que: “*Embora tenha relacionado mercadorias da substituição tributária, deixou de fazer o liame de ligação entre a planilha e as datas de ocorrência do demonstrativo de débito*” e externa o entendimento de que o mesmo está confessando a validade do trabalho auditado.

Considerando que nos demonstrativos apresentados na defesa, fls. 23 a 45, apenas foi apontado o produto e o motivo da sua exclusão, e o CD anexado à fl. 56 não consta planilha analítica correspondente ao demonstrativo de débito de fl. 23/44, esta 4ª JJF, em sessão suplementar realizada em 29 de março de 2019 deliberou pela conversão do processo em diligência à Inspetoria de origem para que o autuante tomasse as seguintes providencias:

1. Efetuasse a entrega ao contribuinte do Demonstrativo original, em EXCEL;
2. Intimassem o autuado a apresentar demonstrativo analítico correspondente ao valor por ele reconhecido no demonstrativo de fls. 44/45, concedendo-lhe o prazo de 10 dias;
3. Sendo apresentado o demonstrativo solicitado na forma indicada no item anterior, verificasse à sua veracidade, e se fosse o caso elaborasse novo demonstrativo de débito.

Após foi solicitado que o autuado fosse intimado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados no item anterior, concedendo-lhe o prazo de 10 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

O autuante à fl. 67 em resposta a diligência solicitada após transcrever às solicitações deste órgão julgador foram dadas as seguintes informações:

*"Do exposto informo o seguinte: Os arquivos contendo os dados necessários para cumprimento da presente diligência, foi arquivada como de praxe, na Pasta PUB da antiga Infaz Ilhéus. Quando da extinção da referida unidade, solicitamos recuperar os arquivos contendo todos os documentos pertencentes minha Pasta Jacsouza, ali arquivada que continha todos trabalhos elaborados durante o período que laboramos na referida unidade. Não conseguimos recuperar tais arquivos, portanto, ficamos impossibilitado de cumprir a diligência requerida."*

*"Informamos necessário autorização para requerer os arquivos das EFD, NFE e demais documentos fiscais, para que possamos satisfazer o determinado no presente despacho do CONSEF."*

Na sessão suplementar realizada em 31 de agosto de 2020 o processo foi mais uma vez convertido em diligência para que fosse adotada a providência solicitada pelo autuante junto à Inspetoria de origem.

À fl. 70 foi anexada intimação dirigida ao autuado fornecendo-lhe cópia da Informação Fiscal de fl. 67, juntamente com o 1º pedido de diligência, fl.65, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 74 a 82 dizendo que não recebeu o demonstrativo analítico em EXCEL determinado pela JJF, apenas o resumo mensal, permanecendo a dificuldade para a empresa exercer plenamente o seu direito de defesa. Reitera os argumentos contidos na defesa inicial, e indica outros produtos, fls.77 a 81, com as devidas justificativas de que não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Em seguida o processo foi convertido a este CONSELHO, conforme Termo de Encaminhamento à fl. 91.

Considerando que a diligência solicitada à fl.69 mais uma vez não foi cumprida, em sessão suplementar realizada em 30/04/21 os membros desta Junta de Julgamento decidiram pela conversão do processo em diligência para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. *INFAZ: Autorização ao autuante para requerer os arquivos das EFD, NFE e demais documentos fiscais, conforme sugestão do mesmo, através da sua manifestação de fl. 67;*
2. *AUTUANTE: De posse dos documentos indicados no item acima atenda ao solicitado no pedido de diligência à fl. 65, cujo teor transcrevo:*
  - a) *Faça entrega ao contribuinte do Demonstrativo original, em EXCEL;*
  - b) *Intime o autuado a apresentar demonstrativo analítico correspondente ao valor por ele reconhecido no demonstrativo de fls. 44/45, concedendo-lhe o prazo de 30 dias.*
  - c) *Sendo apresentado o demonstrativo solicitado na forma indicada no item anterior, verificar à sua veracidade, devendo ainda ser objeto de análise os novos produtos inseridos pelo autuado em sua manifestação de fls.74 a 82, e se for o caso elaborar novo demonstrativo de débito.*

Posteriormente, intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados no item anterior, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

Às fls. 67 a 99 o autuante mantém o seu entendimento exposto na 1ª Informação Fiscal relacionado ao pedido de decadência e nulidade do Auto de Infração.

Quanto a alegação de que o princípio da NÃO CUMULATIVIDADE do ICMS não foi respeitado, vez que ele utilizou os créditos fiscais de forma condizente com tal princípio se posiciona no sentido de que o contribuinte não tem direito ao crédito fiscal relativo a mercadorias sujeitas ao regime de ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, que encerra a fase de tributação da mercadoria. Assim, ele não pode se creditar do valor do ICMS assim antecipado, porquanto a saída não será mais tributada nas posteriores saídas, face a ocorrência da citada antecipação.

Concorda com o argumento defensivo de que parte das mercadorias objeto da presente exigência não se tratam de produtos sujeitos à antecipação, e, passa a expurgar do valor exigido os produtos apontados pelo contribuinte e elabora o novo demonstrativo de débito, devidamente corrigido segundo o pleito do contribuinte, como segue:

| NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO |     |                  |                 |  |
|------------------------------|-----|------------------|-----------------|--|
| ANO 2013                     |     |                  |                 |  |
| ANO                          | MES | TOTAL BC ICMS    | TOTAL CRED AUT  |  |
| 2013                         | 1   | 18.217,39        | 3.096,34        |  |
| 2013                         | 2   | 13.512,03        | 2.156,86        |  |
| 2013                         | 3   | 12.939,66        | 2.115,43        |  |
| 2013                         | 4   | 13.349,98        | 2.269,63        |  |
| 2013                         | 5   | 14.411,63        | 2.430,64        |  |
| 2013                         | 6   | 12.323,73        | 1.972,65        |  |
| 2013                         | 7   | 12.198,05        | 2.073,66        |  |
| 2013                         | 8   | 12.164,80        | 2.038,20        |  |
| 2013                         | 9   | 13.437,31        | 2.284,32        |  |
| 2013                         | 10  | 17.888,31        | 2.764,93        |  |
| 2013                         | 11  | 14.124,33        | 2.392,80        |  |
| 2013                         | 12  | 19.815,67        | 3.004,13        |  |
| <b>TOTAIS</b>                |     | <b>174382,89</b> | <b>28599,59</b> |  |

| NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO |     |                  |                  |  |
|------------------------------|-----|------------------|------------------|--|
| ANO 2014                     |     |                  |                  |  |
| ANO                          | MES | TOTAL BC ICMS    | TOTAL CRED AUT   |  |
| 2014                         | 1   | 33.113,46        | 5.521,58         |  |
| 2014                         | 2   | 27.099,89        | 4.062,53         |  |
| 2014                         | 3   | 33.197,56        | 4.826,38         |  |
| 2014                         | 4   | 28.627,13        | 4.539,19         |  |
| 2014                         | 5   | 29.848,74        | 5.074,28         |  |
| 2014                         | 6   | 33.548,92        | 5.648,93         |  |
| 2014                         | 7   | 29.436,30        | 4.857,32         |  |
| 2014                         | 8   | 27.531,72        | 4.154,73         |  |
| 2014                         | 9   | 25.113,98        | 4.269,63         |  |
| 2014                         | 10  | 37.775,79        | 6.284,30         |  |
| 2014                         | 11  | 27.313,57        | 4.596,29         |  |
| 2014                         | 12  | 30.906,57        | 5.127,92         |  |
| <b>TOTAIS</b>                |     | <b>363513,63</b> | <b>58.963,08</b> |  |

| NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO |                  |
|------------------------------|------------------|
| ANO                          | VALOR DO DÉBITO  |
| 2013                         | 28.599,59        |
| 2014                         | 58.963,08        |
| <b>DÉBITO TOTAL</b>          | <b>87.562,67</b> |

Arremata que tendo acatado os argumentos da defesa no tocante a produtos que não são do regime de substituição/antecipação tributária constante da infração 01 do auto, o TOTAL DA INFRAÇÃO, como também o TOTAL DO DÉBITO (valor histórico), passa a ser R\$ 87.562,67 (Oitenta e Sete Mil, Quinhentos e Sessenta e Dois Reais e Sessenta e Sete Centavos). Em consequência, opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração, salientando que as mudanças nos débitos calculados decorrem, exclusivamente, do acatamento do argumento da defesa, não constituindo

em novidade que ataque ao direito de defesa do contribuinte, que implique em reabertura de prazo de defesa.

O processo foi encaminhado a este Conselho e esta Junta de Julgamento, em sessão suplementar realizada em 31 de março de 2022 mais uma vez converteu o PAF em diligência para que a Inspetoria de origem atendesse a diligência em sua integralidade, ou seja, intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da diligência realizada pelo autuante e seus anexos, fls. 97 a 100, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado seja dada ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

Às fls. 109 a 110 o sujeito passivo se manifesta dizendo que mais uma vez, NÃO recebeu os novos demonstrativos analíticos (por item), tendo em vista que nos chegou, por via postal, a Informação Fiscal do Auditor (cópia anexa) apenas com os novos demonstrativos com resumos mensais dos valores que remanesceram, após a redução efetuada.

Assevera que a Diligência do CONSEF é clara no sentido de que a empresa tome ciência de todo o resultado da Diligência anterior, incluindo os novos demonstrativos analíticos, pois são estes que possuem a discriminação dos itens autuados.

Conclui que resta prejudicada, mais uma vez, a manifestação da Defendente, ao tempo em que solicita que a INFRAZ COSTA DO CACAU forneça cópia dos novos demonstrativos analíticos, por item, que culminaram com a redução constante do auto, citada na Diligência do CONSEF, e que seja reaberto prazo para nova manifestação por parte da Defendente, por ser de justiça e de forma que possa exercer seu direito à ampla defesa, sob pena de nulidade.

O autuante à fl. 127 informa ter disponibilizado os dados apurados, quando da informação fiscal e também do cumprimento da diligência solicitada pelo Conseg. Informa também que dados outros ficaram armazenados na Infaz/Ilhéus na Pasta Pública, como de praxe, não disponibilizados quando da extinção.

## VOTO

Inicialmente, o autuado arguiu a nulidade do lançamento porque o Auto de Infração não foi lavrado no seu estabelecimento. Não há como prosperar este argumento pois, de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o *Auto de Infração* será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexiste qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração ter ocorrido na repartição fiscal, no caso INFRAZ Ilhéus, como inserido no Auto de Infração.

Também foi alegada falta de clareza quanto aos fatos relatados pelo autuante, em razão de não terem sido informadas as notas fiscais emitentes e valores corretos que geraram a suposta infração.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributárias*”, sendo que foi elaborada planilha analítica inserida no CD de fl.11, indicando as notas fiscais autuadas e produtos autuados. O autuado foi cientificado do lançamento de ofício, oportunidade em que lhe foi entregue, através do seu representante legal, o próprio Auto de Infração de nº 089604.0007/18-4 em discussão, assim como referido CD, contendo os demonstrativos com a memória de cálculo dos valores, exigidos, ou seja, com a metodologia de cálculo dos valores apurados.

O Sujeito Passivo interpôs defesa tempestiva fls. 17/55, e nesta impugnação, baseado nas planilhas recebidas, apontou itens que entendeu como indevidos, por não estarem incluídos no regime de substituição tributária.

Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, e encontra-se em consonância com os papéis de trabalho permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se perfeitamente demonstrado nos papeis de trabalho que o notificado recebeu já que neles está respaldado.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado suscitou a decadência relativa aos lançamentos efetuados pelo autuante, tendo como fato gerador do período compreendido entre 01/01/2013 a 31/08/2013, nos termos do art. 156, V do CTN.

Nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, destaco que o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no 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 aquele que foi declarado e o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que: 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, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e 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.

No caso presente, o autuado efetuou o lançamento dos documentos fiscais que deram causa à referida infração, portanto, declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado. Assim sendo, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN.

Dessa forma, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 28/09/2013, vez que o mesmo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 28/09/2018, conforme se verifica à fl. 12, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores referentes aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho e agosto de 2013, nos valores de R\$ 9.081,63; R\$ 7.021,75; R\$ 7.402,13; R\$ 8.137,25; R\$ 8.327,43; R\$ 6.980,10; R\$ 7.285,36 e R\$ 8.109,53 respectivamente, totalizando o montante de R\$ 62.345,08.

Quando ao mérito, em relação ao saldo remanescente de R\$ 107.489,70, o autuado arguiu inicialmente que não foi observado o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, entretanto, é cediço que o ICMS anteriormente cobrado nas aquisições de mercadorias poderão ser compensados pelo contribuinte em sua escrita fiscal com o imposto devido nas operações subsequentes, desde que estas sejam tributadas pelo ICMS e que sejam acompanhadas de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco. Entretanto, para que isto ocorra existem regras previstas pela legislação que devem ser observadas e cumpridas.

Assim é que consoante o disposto no art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.914/96 é vedada a utilização de crédito fiscal de aquisição de mercadorias quando a operação de saída subsequente ocorrer

sem tributação ou com isenção do imposto, como se pode verificar pela transcrição do citado dispositivo abaixo:

*Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

(...)

*§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for legest\_1996\_7014\_icmscomnotas.doc tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior;*

*II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.*

Como bem posto, pelo autuante as mercadorias adquiridas pelo autuado, objeto do presente lançamento estariam sujeitas à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, em sua escrita fiscal, já que os mesmos já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, que ocorrerão sem tributação do imposto.

O defensor alega que parte dos produtos apontados pela fiscalização estariam fora do regime da substituição tributária, fazendo jus, portanto, a utilização do imposto destacado no documento fiscal. Apresenta planilha às fls. 23 a 44 indicando as mencionadas mercadorias, e reconhece como devido o valor de R\$ 39.251,68, referente ao período compreendido entre 30/09/2013 a 31/12/2014, conforme demonstrativo de fl. 44 e 45.

O processo foi convertido em diligência para que o autuante se pronunciasse a respeito, e, se fossem verídicas as alegações defensivas elaborasse novos demonstrativos, sendo que na primeira diligência o autuante assim se manifestou:

*“Do exposto informo o seguinte: Os arquivos contendo os dados necessários para cumprimento da presente diligência, foi arquivada como de praxe, na Pasta PUB da antiga Infaz Ilhéus. Quando da extinção da referida unidade, solicitamos recuperar os arquivos contendo todos os documentos pertencentes minha Pasta Jacsouza, ali arquivada que continha todos trabalhos elaborados durante o período que laboramos na referida unidade. Não conseguimos recuperar tais arquivos, portanto, ficamos impossibilitado de cumprir a diligência requerida.*

*Informamos necessário autorização para requerer os arquivos das EFD, NFE e demais documentos fiscais, para que possamos satisfazer o determinado no presente despacho do CONSEF.”*

Em vista disso, esta Junta de Julgamento converteu mais uma vez o processo em diligência para que a INFRAZ de origem autorizasse ao autuante para requerer os arquivos das EFD, NFE e demais documentos fiscais, conforme sugestão do mesmo. Posteriormente o autuante atendesse ao solicitado no pedido de diligência anterior, o que resultou na elaboração do demonstrativo de débito, fl. 98, alterando o valor do Auto de Infração de R\$ 169.834,78 para R\$ 85.562,67.

Ocorre que o defensor ao ser cientificado asseverou que não recebeu os novos demonstrativos analíticos (por item), tendo em vista que lhe foi enviado via postal, a Informação Fiscal do Auditor apenas com os novos demonstrativos com resumos mensais dos valores que permaneceram, após a redução efetuada.

Ao analisar a mencionada Informação Fiscal, fls. 113 a 115 observo que de fato não foram anexados quaisquer demonstrativos analíticos, inclusive no CD de fl. 129, além do que na posterior manifestação do autuante consta o seguinte: “*Informo ter disponibilizado os dados apurados, quando da informação fiscal e também do cumprimento da diligência solicitada pelo Conseg. Informo também que dados outros ficaram armazenados na Infaz/Ilhéus na Pasta Pública, como de praxe, não disponibilizados quando da extinção”.*

Daí conluso assistir razão ao autuado pois o próprio autuante asseverou que ao defendente fora dada cópia da Informação fiscal, que observo conter apenas o demonstrativo de débito, conforme se verifica à fl. 98 a 99. Ainda de acordo com a afirmativa do autuante os demais dados foram inseridos na Pasta Pública, da Infaz Ilhéus, e, não mais é possível disponibilizá-los em razão da extinção da mencionada Inspetoria.

Portanto, não há outra conclusão possível senão acatar os valores reconhecidos pelo sujeito passivo na apresentação da defesa, no valor de R\$ 39.251,68, conforme demonstrativo de débito às fls. 44 a 45.

Quanto aos demais argumentos relacionados ao mérito trazidos na peça defensiva observo que os mesmos não se relacionam a questão ora debatida pois dizem respeito a auditoria de levantamento quantitativo de estoque.

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a mesma se encontra prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao alegado caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Por outro lado, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/BA, baseado, apenas, no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais.

No que diz respeito ao pedido formulado pelo sujeito passivo referente ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário esclareço que o processo já se encontra nesta condição, assim permanecendo até o julgamento definitivo neste Conselho.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de no valor de R\$ 39.251,68, conforme demonstrativo de débito às fls. 44 a 45.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 089604.0007/18-4, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 39.251,68**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR