

**A. I. Nº** - 292888.0001/04-4  
**AUTUADO** - ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ZELINGTON PEREIRA COQUEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 04.05.04

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0139/01-04**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO DE RESTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Formalmente o sujeito passivo descumpriu as normas regulamentares que disciplinam a utilização de crédito fiscal a título de restituição. Infração caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Em função da utilização do valor a título de ressarcimento de crédito, deixou de efetuar o recolhimento do imposto devido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 03/02/2004 exige imposto no valor de R\$ 128.624,32, pelas seguintes irregularidades:

1) O contribuinte, mesmo antes de obter entendimento da Fazenda Pública Estadual quanto a pedido de restituição, se creditou antecipadamente em sua conta corrente fiscal do valor que considera que seja restituível, no valor de R\$ 73.564,96.

O autuante esclareceu no campo “descrição dos fatos” que houve formalização junto a Secretaria da Fazenda de pedido de restituição do ICMS que, segundo seu entendimento, teria sido recolhido indevidamente em consequência do não aproveitamento legal dos créditos do ICMS sobre operações com mercadorias adquiridas junto ao setor atacadista baiano, realizadas no período de 01/01/99 a 31/08/2003, atualizado financeiramente até 30/11/2003. Mesmo antes de obter o entendimento da SEFAZ, o contribuinte se creditou do valor que considera restituível em sua conta corrente fiscal, contrariando a disposição expressa no art. 75, I, do RPAF/99. A única ressalva existente no citado Regulamento está prevista no art. 78. Que tal preceito encontra-se corroborado pelo art. 33, § 3º, da Lei nº 7.014/96.

Informou, ainda, que o Inspetor Fazendário, inculcado na competência expressa no art. 79 do RPAF/99, e muito antes de expirado o prazo, mediante parecer nº 666/2004, fundamenta entendimento contrário quanto a procedência do pedido de repetição do indébito (fls. 24 a 32). No entanto, a empresa manteve a posição de não estornar de sua escrita fiscal o montante dos créditos antecipadamente lançados, no pedido de restituição, o que ensejou a lavratura do presente Auto de Infração.

2) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte lançou antecipadamente crédito fiscal do ICMS, objeto de pedido de restituição, o que ensejou a falta de recolhimento do imposto apurado pelo regime normal de apuração, relativo ao mês 12/2003, no valor de R\$ 55.059,36.

O autuado, às fls. 36 a 38, apresentou defesa alegando ser sabedor do processo de retaliação desenvolvida em face do seu pedido de reconhecimento ao direito subjetivo de creditar-se de valores correspondentes à restituição da diferença do ICMS sobre operações com mercadorias adquiridas junto ao setor atacadista baiano, no período de 01/01/99 a 31/08/03, tomou conhecimento do presente Auto de Infração.

Transcreveu o art. 146, II e III, “a” e “b”, da CF/88, argüindo a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que cabe à Lei nº 5.172, de 25/10/1966 CTN, recepcionada pela CF/88, dispor sobre o Sistema Tributário Nacional e instituir normas gerais de direito tributário. Citou os arts. 96, 97, IV, 99, 110 e 165, I, do CTN.

Disse haver um conflito entre a norma Estadual, Lei nº 7.014/96 desigualada das normas tributárias superiores, ou seja, da CF/88, COTEB e CTN. Assim, observando o Critério da Especificidade e o Critério da Hierarquia, havendo conflito entre duas normas hierarquicamente desigualadas, prevalecerá a norma de maior hierarquia, onde uma lei complementar prevalecerá sobre uma lei ordinária.

Alegou que ao se creditar dos valores considerados restituíveis em sua conta corrente fiscal, levou em conta o Critério da Especificidade e o Critério da Hierarquia, tomando por base o art. 165 do CTN, que dá direito à restituição independentemente de prévio protesto.

Transcreveu o § 4º do art. 33 da Lei nº 7.014/96, para alegar que ainda dispunha do prazo para recurso voluntário e que o Auto de Infração foi lavrado sem observar o referido período, o que, ao seu ver, teve cerceado o seu direito de defesa.

Concluiu pela nulidade e arquivamento do Auto de infração e que o direito de estado (abuso de Poder) não se sobreponha sobre o princípio do estado de direito (direito subjetivo).

O autuante, às fls. 41 a 43, informou que:

1) o contribuinte interpretou de forma equivocada o art. 165 do CTN, uma vez que a expressão, independentemente de prévio protesto, não quer dizer que a empresa poderá restituir-se do que foi pago indevidamente independentemente de deliberação da autoridade fazendária competente, haja vista que a regra contida no *caput* do citado artigo tem como objetivo reservar ao sujeito passivo o direito a pleitear a restituição do que pagou indevidamente independentemente de declarar que, ao recolher o tributo, o fazia “sob protesto”.

Esclareceu que tal disposição tem por fim evitar que a restituição do tributo recaia nas normas expressas no art. 965 do Código Civil de 1916 que dizia que quem paga voluntariamente só terá direito à restituição se provar que o fez por erro. E, a palavra erro a que se refere o Código Civil é um vício ou defeito na formação da vontade, que é de grande relevância para o Direito Civil, mas de pouca importância para o Direito Tributário, pois o tributo decorre de lei e não da vontade, sendo irrelevante o pagamento ter sido feito voluntariamente. O devedor do tributo não tem alternativa, está obrigado por lei a fazer o pagamento.

2) Quanto a alegação de não ter observado o disposto no § 4º do art. 33 da lei 7.014/96, esclareceu que a regra em questão faz menção ao conteúdo do § 3º do citado artigo. Assim, as hipóteses previstas nos parágrafos acima não ocorreram. Houve deliberação da Fazenda Estadual, no prazo legal, contrária ao pedido.

3) Esclareceu não prosperar a alegação de cerceamento de defesa, já que o recurso voluntário em processo de restituição não tem efeito suspensivo. Observou ainda que o contribuinte contrariou toda lógica prevista na legislação do ICMS quanto ao processo de restituição. Em regra, primeiro solicita a restituição do valor pago indevidamente. Após a decisão da autoridade administrativa, se procedente, o contribuinte utiliza-se do valor pago em forma de crédito fiscal ou recebe em espécie. Se improcedente poderá recorrer da decisão através de recurso voluntário. Consta nas normas regulamentares a ressalva de que não havendo deliberação da Administração Fazendária Estadual em 90 (noventa) dias da data do pedido de restituição, o contribuinte se creditará do valor, em sua escrita fiscal.

Na situação em exame, o contribuinte se creditou do montante do valor que almeja a restituição antes de obter entendimento da Fazenda estadual quanto ao pedido de restituição e que, mesmo após deliberação em contrário do Inspetor, manteve o crédito fiscal lançado em sua escrita.

Manteve a autuação.

## VOTO

Rejeitadas as arguições de nulidade, pelos motivos abaixo:

Não vislumbro nos autos a figura de cerceamento do direito de ampla defesa. O contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 05/02/04, estando na “descrição dos fatos” identificado, com clareza, os fatos que deram origem ao lançamento do crédito tributário, tanto que, o autuado apresentou sua impugnação demonstrando conhecimento absoluto do motivo da autuação.

O sujeito passivo alegou que ao se utilizar o crédito fiscal levou em consideração o Critério de Especificidade e o Critério da Hierarquia entre as normas legais desiguais, ou seja, levou em conta o que estabelece o art. 165 do CTN (Lei nº 5.172/66), direito à restituição independentemente de prévio protesto. Assim, ao formular o pedido, creditou-se em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

No entanto, a Constituição Federal atribui à Lei Complementar regular as limitações constitucionais e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Desta forma, a Lei Complementar 87/96, no seu art. 23, assegura ao contribuinte o direito a utilização do crédito fiscal, para efeito de compensação com débito do imposto, desde que observada as condições estabelecidas na legislação. Neste sentido, em relação a restituição de indébito, o que é o caso em exame, que a Lei nº 7.014/96 em seu art. 33, §§ 3º e 4º, estabelece que deverá o contribuinte para efetuar o lançamento em sua escrita fiscal, formular o pedido e, não havendo deliberação por parte da Fazenda Pública Estadual, no prazo de noventa dias poderá, o contribuinte, proceder ao lançamento na sua escrita fiscal, do valor do pedido devidamente atualizado.

Nesse mesmo contexto, o RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), regulamentando a Lei nº 7.014/96, estabelece nos arts. 75 a 78 as disposições quanto à forma de efetivação da restituição.

A lavratura do Auto de Infração decorreu do fato de o sujeito passivo ter se creditado indevidamente de valor a título de “restituição do ICMS”, sem a observância no que dispõe as determinações expressas na Lei nº 7.014/96.

O impugnante descumpriu as determinações expressas na citada Lei e regulamentada da pelo Dec. nº 7.629/99 (RPAF), não aguardando o prazo de 90 (noventa) dias da protocolização do seu pedido para fazer, ou não, jus ao valor relativo ao pedido de restituição à título de “restituição do indébito”. Consta dos autos, às fls. 24 a 32, emissão de Parecer de nº 666/2004, datado de 26/01/04, em resposta ao pedido formulado pelo autuado, indeferindo o pedido de restituição do ICMS.

Assim, não foram observadas as regras insertas na Lei nº 7.014/96, quanto ao prazo para que fosse permitido o lançamento do valor do pedido a título de restituição de ICMS.

A falta de recolhimento do imposto no mês de dezembro de 2003 (infração 02) decorreu da irregularidade apurada na infração 01, ou seja, do fato de o autuado ter lançado antecipadamente, na sua escrita fiscal, crédito fiscal a título de restituição de indébito. Pelos fundamentos já expostos, mantenho a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **292888.0001/04-4**, lavrado contra **ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$ 128.624,32**, acrescido da multas de 40%, sobre o valor de R\$ 73.564,96 e 50% sobre o valor de R\$ 55.059,36, previstas no art. 42, VI, e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA