

A. I. Nº - 207185.3004/16-1
AUTUADO - CHILLER REFRIGERAÇÃO E MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA. - EPP
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ/ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.05.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Tendo em vista que a utilização do crédito fiscal ocorreu em janeiro de 2011, e a autuação se deu em agosto de 2016, presente a hipótese de decadência estipulada no artigo 150, §4º, do CTN, o que se faz de ofício. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 10 de agosto de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$56.633,99, além de multa de 150%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.10.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, ocorrência constatada no mês de setembro de 2011.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento, por meio de seu advogado constante às fls. 19 a 29, onde após breve descrição dos fatos relatados pelo autuante, esclarece ter sido fiscalizado o período de 01/01/2011 a 31/12/2011, não tendo sido encontrada nenhuma irregularidade na documentação apresentada à fiscalização, exceto a apontada, a qual provará que a irregularidade apresentada jamais ocorreu.

Argumenta que no ano de 2011 a empresa estava desenquadrada do regime do Simples Nacional, em função de ter extrapolado o limite de faturamento no ano de 2010, e de conforme disciplinado pelo artigo 330-A, III e § 2º do RICMS/97, comunicou a INFAZ Itabuna, que utilizaria o crédito de ICMS, proveniente dos seus estoques de mercadorias, conforme Anexo I e II, transcrito.

Indica que somente em 28/09/2011, sete meses depois, a INFAZ Itabuna, indeferiu a utilização do crédito, Anexo III, informando que o livro apresentado não estaria corretamente preenchido, sugerindo que o mesmo fosse refeito e reapresentado, conforme transcrição realizada.

Aduz que analisando o parecer apresentado verificou que sendo um direito do contribuinte, estabelecido em Lei, não caberia o indeferimento do crédito de estoque, além do mais, o mesmo ocorreu não porque havia documentos inidôneos que respaldassem o livro, mas simplesmente porque não estava preenchido corretamente na visão do Fisco, e ademais, a própria legislação, já anteriormente citada, não traz essa previsão de indeferimento ou deferimento. É cediço que a administração pública deve seguir estritamente o que diz a Lei (princípio da legalidade).

Através do processo 03610820111 diz ter feito a comunicação prevista no artigo 330-A, III e § 2º do RICMS/97, portanto cumprindo a obrigação, tendo o livro de Inventário sido escriturado e apresentado do prazo.

Reafirma não caber ao Fisco negar a escrituração pelos motivos elencados no parecer, se caracterizando num procedimento irregular, que não encontra amparo na Legislação, e não obstante a sua discordância quanto ao procedimento adotado e ao indeferimento, procedeu de acordo com o sugerido pela Inspetoria e, tempestivamente, em 07/11.2011, conforme documentos que diz apensar, deu entrada novamente no livro com todas as correções solicitadas, cessando,

portanto, os motivos ensejadores da negativa da utilização do crédito, não tendo havido, posteriormente, nenhum novo indeferimento ou manifestação contrária a utilização do crédito por parte da INFAP Itabuna, tendo o contribuinte atendido integralmente o previsto na legislação.

Fala que o autuante, em seu relatório, com vistas a justificar a aplicação da penalidade ao contribuinte, fez duas alegações que merecem ser reparadas. A primeira: *“Em consequência, o contribuinte deveria: estornar o crédito utilizado indevidamente ou, ingressar com recurso, procedendo às correções necessárias. Efetivamente, não fez nem uma coisa nem outra, mantendo assim, o crédito de forma irregular e não efetuando o devido estorno”*, e em relação à mesma esclarece que, em verdade, ao contrário do que foi dito, apresentou, sim, recurso e procedeu às correções solicitadas, seguindo, portanto, a orientação da Inspetoria, não havendo nenhuma razão para a não utilização do crédito oriundo dos estoques.

A segunda informação que merece reparo é a de que: *“No curso da presente ação fiscal, procedeu-se à identificação do problema, e em contatos com a administração, não obtivemos justificativas plausíveis, ou sequer apresentação do Livro de Reg. de Inventário relativo a 31/12/2010”*.

Anota que conforme se pode comprovar, foi entregue em 04/08/2016 o livro de Registro de Inventário 2010, mediante protocolo assinado pelo auditor fiscal, justificando a não apresentação em momento anterior, pois na intimação inicial somente tinha sido solicitada a documentação referente a 01/01/2011 a 31/12/2011 e o livro de inventário, citado, refere-se a 31/12/2010, não tendo sido solicitado o inventário de 2010, conforme intimação, e em função da discussão surgida posteriormente em razão do uso do crédito do estoque, o livro de inventário de 2010 foi solicitado verbalmente e de plano entregue ao auditor fiscal, aliás a todo momento tratado com todo o respeito e urbanidade, sempre sendo apresentado tudo o que o mesmo solicitou.

Fala, a seguir, da não ocorrência do enquadramento legal apresentado no Auto em relação a infração e a multa, bem como da não apresentação de provas da irregularidade apontada, gerando nulidade, diante do fato do autuante ter apresentado como enquadramento legal os artigos 97, VII e 124 do RICMS/97, transcritos.

Ressalta não ter apresentado nenhum documento falso ou inidôneo e que a acusação apresentada pela fiscalização é muito séria e não vem acompanhada de provas, que são fundamentais, tendo, ao presumir a irregularidade fiscal, a autoridade administrativa feito conjecturas, isto é, intui que ocorreu um ilícito, que lhe cabe, por dever de ofício, apurar e fazer sancionar e a partir do momento, porém, em que as conjecturas da autoridade administrativa começam a materializar-se em atos concretos contra o contribuinte, é mister venham observados alguns pressupostos e requisitos, de modo a não lhe violentar direitos subjetivos.

Lembra que em nosso Estado de Direito vigora a presunção de inocência até prova em contrário. Uma pessoa só pode ser havida por violadora da ordem jurídica com base em fatos e dados consistentes e incontroversos, e cabe ao estado dever comprovar a culpabilidade do contribuinte, que é constitucionalmente presumido inocente, sendo esta uma presunção *“juris tantum”*, que só pode ceder passo com um mínimo de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Em síntese, fala ser o direito constitucional de ser presumido inocente acarretar para o Estado o dever incontornável de provar cabalmente a prática da infração (o ônus da prova é sempre do acusador), e não se pode sancionar irregularidades presumidas inexistindo as necessárias provas, sob pena de nulidade, sendo que no Auto de Infração, em discussão, não se verificam os elementos suficientes para se determinar que houve qualquer infração ao RICMS, gerando por tanto a nulidade do mesmo, conforme se pode verificar no artigo. 18 do RPAF/99 copiado.

No sentido contrário garante apresentar provas concretas, conforme documentos que anexa, de que cumpriu a tudo o que foi pedido pela fiscalização e Inspetoria em relação as causas

ensejadoras do indeferimento do crédito em face do livro de Inventário, não havendo nenhuma razão para ter sido aplicada nenhuma sanção por essa razão.

Em relação a multa aplicada, garante não ter ocorrido nenhum dos pressupostos autorizativos da sua aplicação, previstos no artigo 42, inciso V, da Lei 7.014/96 (transcrita), sequer havendo relação do apontado pela fiscalização no Auto de Infração em relação a multa tipificada já que se tratou de crédito proveniente de estoque de inventário e a alínea “a” trata de retenção, a “b” trata de entrada de mercadoria ou serviço e a “c” de divergência de informação em documento fiscal.

Anota que, de acordo com o que estabelece o CTN, em seu art. 112, relativamente à interpretação benéfica da norma tributária, de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida, não estão presentes nos autos, elementos suficientes para determinar a infração, gerando sua nulidade, conforme artigo 18, IV, do RPAF, gerando a sua nulidade.

Aborda, a seguir, a incongruência da planilha apresentada em relação aos fatos descritos no Auto de Infração, diante do fato da fiscalização ter apresentado lançamento informação de que o contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais de ICMS, relativo ao saldo de estoque, informando que o mesmo foi indeferido e deveria ser estornado, tendo apresentado planilha relacionando uma série de notas fiscais emitidas no ano de 2011, portanto, sem qualquer vinculação com o inventário de 31/12/2010, observando que todas elas foram regularmente emitidas pelos fornecedores, às quais anexa cópias, de forma a não pairar nenhuma dúvida sobre o crédito por elas gerados.

Ou seja, não guarda relação entre o alegado (utilização indevida de crédito de estoque), com a legislação (utilização de documento falso e inidôneo), e com a planilha apresentada (em que relaciona notas fiscais regularmente emitidas, quanto às quais não paira qualquer dúvida quanto a autenticidade e idoneidade dos documentos) e por esse motivo impugna a planilha apresentada por não guardar nenhuma relação com os fatos e legislação indicados pela fiscalização no auto de infração.

Destaca que sequer utilizou todo o crédito apurado no inventário, tendo em vista os créditos de aquisição de mercadorias havidos no exercício de 2011, finalizando o período com um crédito de R\$ 22.827,52 (vinte e dois mil, oitocentos e vinte e sete reais, cinquenta e dois centavos), conforme cópia do RAICMS apresentado, que não foi utilizado no exercício subsequente tendo em vista o retorno a condição de optante pelo Simples Nacional em 2012.

Ressalta, mais uma vez, ter cumprido com todas as suas obrigações junto ao Fisco, não havendo nenhuma razão para merecer a aplicação do Auto de Infração ora combativo, razão pela qual junta a defesa cópia do Livro de Inventário, bem como cópia das notas fiscais que ensejaram o crédito de estoque, com vistas a que não fique nenhuma dúvida em face da regular constituição do crédito informado, bem como da veracidade e idoneidade dos documentos que respaldaram o crédito utilizado.

Finaliza, asseverando que diante do fato de estar demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer a impugnação do lançamento fiscal, ora combatido, bem como das planilhas anexadas pelas razões já expostas, e sua nulidade tendo em vista o que preceitua o artigo 18, IV, do RPAF/99.

Informação fiscal constante às fls. 455 a 457 esclarece que o contribuinte não contesta e reconhece que, efetivamente ocorreu em 28/09/2011, o Indeferimento dos créditos utilizados irregularmente em Janeiro de 2011, e embora alegue que *“apresentou, sim, recurso e procedeu às correções solicitadas...”*, em verdade apenas teria protocolado em 07/10/2011, uma simples Comunicação, que, não configurando um efetivo recurso, nos termos do RPAF/99, foi arquivada em 11/10/2016, não tendo, portanto, o condão de interromper ou suspender os efeitos da decisão prolatada pelo Senhor Inspetor da INFAZ/Itabuna, conforme despacho no Processo nº 03610820111.

Assevera que se pode comprovar pelas provas anexadas ao lançamento, que à fl. 13, dos autos, consta cópia de Extrato de “Processos Tributários”, junto ao sistema INC da SEFAZ, no qual, não

há qualquer referencia a “Recurso” contra a decisão no Processo nº 03610820111, tendo a “comunicação” protocolada pela Autuada, em 07/10/2011, informações falsas, haja vista não ter havido, efetivamente, qualquer correção do Inventário exibido por ocasião do Processo nº 03610820111.

Manifesta estranheza o fato de o Inventário ter sido elaborado por Processamento Eletrônico e, colado no Livro Registro de Inventário 04, sem autorização previa do Fisco, e contrariando a alegação posta, o citado Inventário, irregularmente escriturado, contém sim, mercadorias incluídas na substituição tributária, adquiridas inclusive de casas de peças e de materiais de construção, tais como: colas, óleos, lubrificantes, lâmpadas, luminárias, filtros diversos, luvas, massa acrílica, zarcão, silicone, etc., que não conferiam direito a créditos, vide Notas Fiscais de aquisição de mercadorias c/substituição tributária, anexadas pela Defesa, às fls. 214, 226, 169, 173, 179, 231, 244, 245, 246, 256, 280, 285, 294, 356, 391, 473, dentre outras, e além destes itens, a empresa não identificou no Inventário, mercadorias adquiridas com redução de base de cálculo, conforme por exemplo, Notas Fiscais anexadas pela Defesa, às fls. 143, 241, 248, 252, 258, 267, 311, 351, 352, dentre outras.

Da mesma forma, aponta não ter identificado no Inventário apresentado, mercadorias sem direito a créditos, oriundas de empresas inscritas como ME e EPP, conforme Notas Fiscais anexadas à Defesa, fls. 125, 148, 149, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 174, 185, 150, 153, 155, 156, 228, 236, 260, 262, 263, 268, 276, 277, 286, 289, 290, 312, 315, 382, 400, 419, 451, 452, 480, dentre outras, além de, igualmente, não ter identificado no livro referido, mercadorias adquiridas com Redução de Base de Cálculo, conforme Notas Fiscais anexadas à Defesa, fls. 143, 241, 248, 252, 258, 267, 311, 351, 352, dentre outras.

Ressalta que, o cálculo do suposto crédito efetuado pela Autuada, considerou “todas mercadorias indistintamente, com alíquota de 17%”, o que contraria frontalmente, disposições do artigo 330-A, III, incisos “a”, “b” e “c”, citados pela mesma em sua defesa;

Diz não haver como identificar no Processo 03610820111, as alíquotas originárias de aquisição, a que se referem os dispositivos citados, e por outro lado, o simples exame das Notas Fiscais de aquisição das ditas mercadorias, anexadas à Defesa, fls. 102 a 453 do PAF, permite constatar a predominância de origens de outras Unidades da Federação, com alíquotas de 7% e 12%, respectivamente.

Fala que, consequentemente, o contribuinte declarou incorretamente os dados de estoque no Inventário em questão, não procedeu qualquer correção efetiva, nem possibilitou a real identificação de origens e cálculos dos eventuais créditos que eventualmente, poderia arguir.

Entende, por conseguinte, que a defesa apresentada, deve ser considerada inconsistente e rechaçada em todos os aspectos, porque, respaldada em argumentos inverossímeis, desprovidos de provas concretas, e diante do exposto, mantém as exigências contidas conforme descritas e demonstradas no Auto, que importam num débito total no valor histórico de R\$56.633,99.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Inicialmente, antes de qualquer apreciação, analiso uma questão que se entende de ordem pública, e que, embora não suscitada pela defesa, ou aventada em qualquer momento, entendo da mais alta relevância.

A utilização do crédito fiscal por parte da empresa autuada, ocorreu em janeiro de 2011. No mês de fevereiro do mesmo ano, houve a comunicação à Secretaria da Fazenda quanto ao uso do referido crédito. A decisão acerca do indeferimento ocorreu apenas ao final do mês de setembro

de 2011, e a ação fiscal que resultou no presente lançamento se iniciou em julho de 2016, e a lavratura do Auto de Infração, em agosto do mesmo ano.

Observo que entre a utilização do crédito fiscal ora analisada e a ação fiscal, decorreram exatos cinco anos e sete meses.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“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, e 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”*.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o pensamento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: 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 correspondia às operações declaradas”*.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: *“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. 150 § 4º 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”*.

Inequívoco o fato do contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, claro está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao uso do crédito fiscal tido como indevido, diante do longo lapso temporal em que se manteve inerte, deixando ocorrer a decadência ora aventada.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, de ofício, ainda que não provocado, entendo presente a hipótese de decadência, vez que o valor do imposto foi devidamente lançado e escriturado, sem qualquer ato da Administração tributária no sentido de preservar o seu interesse. Por tais razões, julgo o Auto de Infração improcedente, e por tal razão, deixo de apreciar qualquer outro argumento apresentado, vez que prejudicados pela decisão adotada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.3004/16-1** lavrado contra **CHILLER REFRIGERAÇÃO E MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA. – EPP**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA