

**A. I. Nº** - 018184.3039/16-0  
**AUTUADO** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS  
- LTDA.  
**AUTUANTE** - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
**ORIGEM** - INFAZ/ILHÉUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21.07.2017

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0120-04/17**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO A MAIOR. Tendo em vista que a utilização do crédito fiscal ocorreu até novembro de 2011, e a autuação se deu em dezembro de 2016, presente a hipótese de decadência estipulada no artigo 150, § 4º, do CTN. Infração insubsistente. Acolhida a preliminar suscitada pela defesa. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de dezembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$42.653,50, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.74**. Utilizou a maior, crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, ocorrência constatada nos meses de janeiro a abril, junho e novembro de 2011.

A empresa autuada, por meio de seu procurador apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 480 a 487, onde argui em sua defesa não ter a autuante cumprido o prescrito no inciso III do artigo 39 do RPAF/99, porquanto que não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada, e por outro lado, verifica que, o § 1º do artigo 39 do mencionado diploma normativo exige que a lavratura do Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado, somente tendo tomado conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura.

Fala que tais hipóteses se afiguram como casos de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do artigo 18 do citado regulamento, pelos vícios insanáveis constantes no lançamento acima citado, e desta forma, esta infração deverá ser excluída do processo em apreço, porque os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos, portanto, nulo de pleno direito.

Diz se apresentar como muito mais grave ainda, o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas.

Aduz que caberia à autuante explicar, no processo em apreço, em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração, sendo este mais um caso de nulidade processual, que cercearia seu direito de defesa, não tendo, pois, como se defender.

Diante de tal fato, entende que, nos termos do § 1º do artigo 18 do citado RPAF/99, pelos vícios insanáveis constantes no Auto de Infração acima citado, a que ora requer a sua aplicação por esse Conselho de Fazenda.

Requer a seguir, que se aplique a decadência, extinguindo o crédito tributário, relativo aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior à 20/12/2011, nos termos do inciso V do artigo 156 c/c o § 4º do artigo 150 da Lei nº. 5.172 de 25/0/1966, bem como, da jurisprudência pátria exarada pelas Cortes máximas do nosso direito, tais como, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões relativas à essa matéria, naquilo que lhe beneficia, como norteia os princípios gerais do direito.

Após conceituar doutrinariamente tal instituto, aduz que tal tipo de lançamento tem guarida na disposição legal do artigo 150 do CTN, conforme transcrição.

Desta forma, aponta que no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa, e uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação. Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no §4º do artigo 150 da lei acima referida.

Diante do fato da doutrina, ao tratar como ato válido para a constituição do crédito tributário apenas a autuação fiscal, temos como entendimento consolidado através da jurisprudência que, somente após inscrito o crédito tributário em dívida ativa e emitida a CDA (certidão de dívida ativa), tem-se aí um título executivo, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, e neste momento não mais se fala em decadência, passando a se computar a prescrição.

No mérito, quanto à infração 01, garante que nos demonstrativos apresentados pela autuante, apresentam de forma equivocada, lançamentos a maior de crédito de ICMS, segundo essa, utilizados indevidamente pela empresa, todavia, não indica, com precisão, em que lugar da documentação fiscal e contábil constam os valores por ela citados já que não os localizou.

Assevera que os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Observa que verificando o seu Livro Registro de Apuração do ICMS, não consta a utilização de crédito fiscal de imposto relativo a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outra unidade da federação e dos valores nos demonstrativos elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Portanto, inexistente. A acusação não foi comprovada pela autuante, notadamente pelo fato de que a documentação (comprovantes de pagamentos da SEFAZ e cópias do Livro de Apuração de ICMS) juntados ao presente processo provam que os recolhimentos estão corretos, porque dentro do que prescreve a lei e a utilização de crédito fiscal foi dentro do que determina a legislação que regulamenta a matéria em destaque.

Fala que os fatos e fundamentos apresentados pela autuante, não podem prosperar ante a legislação pertinente, totalmente contrária às suas argumentações e documentação apresentada pela empresa e constante do processo em apreço, verídicas e sólidas no sentido de embasar a verdade dos fatos, e a argumentação e os fundamentos trazidos em sede defensiva são claros, precisos e consistentes, o que torna o processo em apreço, improcedente de fato e de direito no seu todo.

Caso não seja esse, o entendimento, quanto aos fatos e fundamentos apresentados pela autuada-impugnante em suas razões de impugnação acima, que se determine, em diligência, o reexame da fiscalização, porque assim o exige, objeto do Auto de Infração acima referido relativo ao período fiscalizado, a fim de que se constate a verdade material apresentada, divergentes do constante do processo administrativo fiscal acima citado.

Finaliza requerendo que sejam acatadas as preliminares acima arguida nos termos regulamentares e, em assim não entendendo, pela improcedência da autuação por ser ato de justiça.

Informação fiscal constante às fls. 493 a 498 esclarece que não procede o argumento de não ter cumprido o disposto no inciso III do art. 39 do RPAF/BA, quanto à clareza dos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada por ela, uma vez que os documentos de folhas 1 a 3 informam com clareza a única infração cometida pela Autuada e o seu enquadramento legal.

Quanto às planilhas, indica que foram elaboradas com base nos documentos apresentados pela Autuada e com as informações existentes nos Sistemas da Secretaria da Fazenda-Ba, tendo recebido cópia do demonstrativo (fl. 476), e o mesmo guarda consonância com a infração, sendo o mesmo apresentado de forma clara.

Da mesma forma, assegura ter inexistido qualquer cerceamento de defesa, pois o demonstrativo elaborado e os demais elementos de prova acostados ao feito desmentem tal assertiva, diante de sua clareza e precisão.

Quanto à existência de decadência, rebate tal argumento, sob a justificativa de que a previsão contida no artigo 965 do RICMS/97 (transcrito) amparou a ação fiscal, afastando eventual decadência.

No mérito, rebate à alegação apresentada pela quando da Defesa, como comprovam os documentos de folhas 13 a 445, apontam que a autuada identifica a especificação da receita como ICMS Antecipação de Descredenciado ou ICMS Antecipação Parcial, todavia, como comprovam os documentos de fls. 06 a 12, parte dos recolhimentos se referem a mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, que não proporcionam direito ao crédito do imposto.

Anota estar apensando com a informação fiscal demonstrativo de ICMS Antecipação Tributária, vias de notas fiscais onde constam mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, e os documentos de recolhimento referentes a tais notas fiscais, sendo o que tem a informar.

Cientificada do teor da informação fiscal (fl. 566), a autuada retorna ao feito, manifestando-se no sentido de que (fls. 568 a 570) o lançamento deverá ser anulado e/ou julgado improcedente, conforme pedido na defesa apresentada anteriormente, diante da não observância pela autuante, dos fatos e fundamentos trazidos ao processo.

Reafirma ter procedido aos recolhimentos do imposto no prazo, e quanto a utilização de crédito fiscal, não deve prosperar, vez que embasada em fundamento fático, sem qualquer comprovação legal, negando tal fato, e asseverando ter sempre cumprido com a legislação pertinente à matéria.

Observa que a autuação é totalmente contrária à norma legislativa, prova disso é o fato de que ao final da informação fiscal, a autuante sequer ter pedido a procedência da mesma, inclusive mencionando não ter o lançamento validade jurídica, posto que assim decidiu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em apreciação que resultou no Acórdão JJF 0008-05/17, transcrito em trecho.

Ao final, reafirma a improcedência do julgamento, solicitando que assim o feito seja julgado.

Novamente instada a se pronunciar, a autuante (fls. 574 e 575) observa se tratar de uma única infração, e os documentos colacionados ao feito comprovam a mesma, e a manifestação simplesmente repete a arguição da defesa anterior, o que a leva a manter o Auto de Infração e a informação Fiscal.

## **VOTO**

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

Antes de qualquer outra apreciação, analiso uma questão prejudicial que entendo crucial para o deslinde da questão, suscitada pela defesa, e da mais alta relevância, qual seja a decadência do direito ao lançamento para fatos ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2011. Ainda que não provocado pela empresa, deveria o julgador avocar tal fato de ofício.

A apropriação do crédito fiscal por parte da empresa autuada ocorreu durante diversos meses do ano de 2011, até o mês de novembro, e a ação fiscal que resultou no presente lançamento apesar de ter se iniciado em data incerta, à vista do documento de fl. 04, teve a lavratura do Auto de Infração ocorrido em 30 de dezembro de 2016, com ciência ao contribuinte em 05 de janeiro de 2017.

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, cristalino 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 estática, deixando ocorrer a decadência aventada.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, 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 ora 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 **018184.3039/16-0** lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA