

A. I. N° - 2068803006/16-0
AUTUADO - SLC AGRÍCOLA S.A.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.08.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0132-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Acolhida a decadência parcial do lançamento. Excluída a exigência relativa ao documento fiscal em que foi apresentada nota fiscal l complementar com destaque do imposto. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2016, para exigência de ICMS no valor de R\$181.673,59 acrescido da multa de 60%, em razão da utilização indevida de crédito fiscal a maior que o destacado na nota fiscal, nos meses de janeiro de 2011, novembro e dezembro de 2014.

O autuado em sua defesa às fls. 14 a 19, após descrição dos fatos e transcrever os dispositivo legais do enquadramento e multa aplicada da suposta infração, art. 29, 31, 124, 309 do RICMS/BA 96/97/2012 e art. 42, inc. VII, alínea "a" da Lei n.º 7.014/96, argui a Decadência e Prescrição em relação aos fatos ocorridos 01/2011 cujo valor apurado não é mais passível de constituição de cobrança.

Alega que desde a respectiva data em que poderia ter sido constituído no período acima referido houve o transcurso do prazo superior a cinco anos, pelo que se deve reconhecer a decadência/prescrição, tanto para constituição do crédito (multa), quanto para sua respectiva cobrança, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Assevera que na acusação consta supostamente crédito indevido de ICMS em valor superior ao destacado nos Documentos de n. 540, 2212 e 3685, notas estas referentes ao retorno de ICMS por armazenagem e presta os seguintes esclarecimentos:

- 1) na NF de n° 540 consta nas informações complementares o destaque do ICMS, o que ratifica a apropriação do mesmo.
- 2) no que se refere à NF de N° 2212, existe uma NF complementar de ICMS de n° 2383, cuja cópia segue em anexo, que comprova o valor do crédito tomado. Ainda destaca que não houve nenhuma lesão ao Fisco, uma vez que possui saldo de ICMS em decorrência das Exportações neste período.
- 3) quanto a NF 3685 reconhece apropriação sem devido destaque no documento fiscal, entretanto, ressalta que para estes tipos de operações de retorno, o Sistema está parametrizado de acordo com as remessas, ou seja, conforme notas de remessas em anexo, houve destaque do ICMS na emissão, portanto apropria-se do mesmo nos retornos das remessas por armazenagens.

Finaliza requerendo o reconhecimento da decadência/prescrição da constituição e cobrança do crédito tributário relativo a multa lançada no período de 01/2011 e ainda a aplicação do art. 7, §2º, do RPAF/BA, para que o processo seja baixado em diligencia a fim de se buscar junto aos contribuintes que lançaram no seu SPED as informações que não coadunam com a escrita fiscal da Impugnante, e geraram as supostas infrações.

Na informação fiscal às fls. 95 a 97 o autuante após fazer um resumo dos argumentos defensivos salienta quanto a "Decadência/Prescrição", a existência de diferenças no que diz respeito a

natureza jurídica tributária em relação às figuras da "Decadência" e da "Prescrição", refletindo deste modo nos procedimentos e conseqüências advindas.

Assevera que prescrição e a decadência são fatos jurídicos distintos de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. Enquanto a figura jurídica da prescrição refere à ação para a cobrança do crédito tributário anteriormente constituído, a decadência refere ao direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário. Desta forma, a discussão neste momento é quanto à decadência, ou seja, o direito ou não da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário no decorrer do lapso temporal.

Informa que o Código Tributário Nacional (Lei no 5.172/1966) dispõe no seu artigo 173 que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados : (Inciso I) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (Inciso II) da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Desta forma, entende estar caracterizado de modo explícito o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário através do lançamento, para o período objeto deste questionamento.

No mérito, esclarece que o procedimento de auditoria em relação a esta imputação fiscal, tem como base as informações prestadas pelo contribuinte através das notas fiscais emitidas por terceiros destinadas ao contribuinte autuado.

Diz que a apropriação do crédito fiscal é plenamente justa e devidamente autorizada pela legislação tributária, observada os critérios estabelecidas em leis. O questionamento neste momento se deve a "existência" e do "quanto" ao crédito deva ser apropriado.

No caso em análise, esclarece que o contribuinte se apropriou de créditos superiores, que agride a um princípio básico do sistema tributário atribuído ao ICMS, qual seja, o da *não-cumulatividade* do imposto.

Assevera que a argumentação do contribuinte em induzir a crença de um suposto erro formal não tem amparo na legislação, pelos motivos que passa a expor:

1 - quando a defesa argumenta que para a nota fiscal de nº 540 consta nas *informações complementares* o destaque do ICMS, não justifica a premissa de utilização do crédito fiscal, uma vez que, procedendo desta forma desrespeitou o princípio da não comutatividade do imposto, visto que o emitente ao deixar de escriturar devidamente no campo próprio destinado a valor do ICMS, deixa de ser onerado pelo imposto com débitos decorrentes de operações ou prestações tributadas e conseqüentemente de repassar este "custo" ao destinatário em forma de crédito fiscal.

2 - Em relação a manifestação quanto a possibilidade de existência de uma nota fiscal complementar de ICMS de número 2383, referente a nota fiscal de nº 2212, constatou a veracidade da afirmativa da defesa, no entanto entendemos que mesmo tendo o contribuinte não apropriado do crédito fiscal na nota fiscal "complementar de ICMS", fato este observado pela fiscalização, não autoriza a utilização a maior do crédito fiscal na nota fiscal objeto da autuação fiscal.

3 - Por fim, quanto a argumentação para a nota fiscal de nº 3685, mesmo reconhecendo a apropriação sem destaque do ICMS para a nota objeto da autuação, justificando que houve destaque do imposto nas remessas para armazenagens, carece de amparo legal, da mesma forma já manifestada anteriormente para o item 1, ou seja desrespeitou o princípio da *não-cumulatividade* do imposto, visto que o emitente deixou de ser onerado pelo imposto com débitos decorrentes de operações ou prestações tributadas, e conseqüentemente de repassar o crédito fiscal ao destinatário.

Entende estar plenamente caracterizada a imputação fiscal atribuída ao contribuinte, qual seja, a Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.

Finaliza opinando pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal

Inicialmente vale registrar que após examinar o demonstrativo que serviu de base para a exigência fiscal observo que a acusação inserida no auto de infração - utilização de crédito em valor superior ao destacado no documento fiscal somente ocorreu no mês de dezembro de 2014. Nos demais meses, observa-se que a utilização do crédito foi total, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 05.

Este fato não é ensejador de nulidade, tendo em vista que o sujeito passivo pode exercer seu direito de defesa, contestou, individualmente, as ocorrências e apontou os fatos que, segundo sua ótica, seriam capazes de desconstituir os valores que são exigidos nesta exação.

No que diz respeito ao pedido diligência esta fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

O autuado suscitou a decadência/Prescrição quanto ao lançamento relativo a janeiro de 2011, afirmando ter havido o transcurso do prazo superior a cinco anos, tanto para a constituição do crédito (multa) quanto para sua respectiva cobrança, nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional.

A prescrição e a decadência são situações distintas de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação. A decadência está prevista no artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN, representa a perda do direito da Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos. A prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito que tem o credor de ajuizar ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “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”.

O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF a PGE/PROFIS, promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em **Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0**, nos seguintes termos:

- 1 - 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 corresponderia às operações declaradas.
- 2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão,

não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - 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 não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*
- b) 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.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Considerando que no caso presente, o contribuinte lançou as notas fiscais objeto do presente lançamento, portanto, declarou e apurou o imposto devido, de acordo com o valor lançado sem verificação de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra estabelecida no § 4º, do art. 150, do CTN, vale dizer: cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante de tal circunstância, necessário concluir que à data em que foi lavrado o Auto de Infração, 29/06/2016, o Fisco não mais poderia proceder à constituição do crédito relativo ao período de apuração de janeiro de 2011 em face do transcurso do prazo decadencial, razão pela qual, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação ao fato gerador ocorrido em janeiro de 2011, no valor de R\$70.713,33.

Em relação a nota fiscal nº 2212 o defendente alega existir uma nota fiscal complementar, de número 2383 que comprova o valor do crédito tomado. Destaca não ter havido qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que possui saldo credor de ICMS em decorrência das importações por ele efetuadas.

Da análise dos citados documentos cujas fotocópias encontram-se anexadas às fls. 42, 44, verifico que diz respeito à saída simbólica de algodão em pluma tipo 31-2 safra 2013/14 e algodão em pluma tipo 21-2 safra 2013/14, sendo que somente foi destacado o imposto relativo ao primeiro item, no valor de R\$ 142,94.

Na nota fiscal nº 2383, consta no campo "Dados Adicionais" a informação de que se trata de Nota fiscal complementar de ICMS referente a nota fiscal 2212, referente ao produto algodão em pluma tipo 21-2 safra 2013/14. Portanto, como não houve o destaque do imposto no documento anterior (nota fiscal nº2212), fato inclusive atestado pelo próprio autuante ao prestar a Informação Fiscal e não há provas de que houve utilização em duplicidade do crédito, acato o argumento defensivo e

excluo o valor relativo a nota fiscal nº 2212 no valor de R\$7.682,26, exigido no mês de dezembro de 2014.

No que diz respeito à nota fiscal nº 3685, a própria autuada reconhece apropriação de crédito sem destaque do imposto, não podendo ser aceito o argumento defensivo de que teria direito ao crédito por tratar-se de operações de retorno, cujas remessas ocorreram com destaque do ICMS, pois somente é admitida a utilização de crédito fiscal quando este estiver destacado no documento fiscal, o que comprovadamente não ocorreu.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$103.278,00.

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 **2068803006/16-0**, lavrado contra **SLC AGRICOLA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.278,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do Consef, 27 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR