

N. F. Nº - 206900.3013/16-0
NOTIFICADO - LOJAS RIACHUELO S. A.
NOTIFICANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/11/2020

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0167-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Trata-se de mercadorias adquiridas, para o ativo imobilizado, incorporadas ao imóvel por acessão física, com lançamento dos seus créditos no livro CIAP, em que a legislação não permitia, como assim dispunha a alínea “c”, inciso IV, do artigo 97 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, combinado com o § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, vigente à época dos fatos. Fato incontroverso. Todavia, há arguição de preliminar de mérito de decadência. A disposição do art. 150, § 4º, remete à contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Acolhida parcialmente a arguição de decadência do sujeito passivo. Mantida a data de ocorrência de 31/12/2011, de constituição do lançamento por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ser procedente a autuação e não ter imperado a decadência da Fazenda Pública do Estado da Bahia constituir o lançamento fiscal. Infração subsistente parcialmente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 16/12/2016, refere-se à exigência de R\$14.794,45 de imposto (ICMS), mais multa de 60%, no valor de R\$8.876,67, e acréscimo moratório de R\$8.326,31, que perfaz o montante de R\$31.997,42, por ter o adquirente utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, na forma do demonstrativo de fls. 6 a 29 dos autos,

Enquadramento legal: Artigo 97, inciso XII, Decreto nº 6.284/97 e multa de 60% tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O notificado apresentou impugnação às fls. 32/39 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto à irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

Diz, o Contribuinte Autuado, devidamente qualificada nos autos em epígrafe, por sua advogada que subscreve (Procuração anexa), nos termos do artigo 53, do Decreto nº 7.629/1999, vem, respeitosamente, com fulcro no artigo 53, do Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, apresentar impugnação à Notificação de Fiscal lavrado pela Autoridade Fiscal competente da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (Espírito Santo), pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I. DOS FATOS

Trata-se, o presente feito, de Impugnação à Notificação Fiscal lavrada pela competente Autoridade Fiscal da Secretaria de Fazenda da Bahia, ora Impugnada, por esta supostamente ter se utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente de seu estabelecimento nos períodos do ano de 2011.

Por entender ocorrida essa infração, foi lavrada a Notificação de Lançamento em apreço para cobrar crédito tributário no valor de R\$31.997,42, que, nos termos da autuação, será atualizado e sofrerá acréscimos moratórios no ato do pagamento.

Diz ocorrer, todavia, que a simples análise do demonstrativo de cálculo que instrui a Notificação Fiscal atacada é suficiente para demonstrar que o trabalho fiscal não merece prosperar, visto que o instrumento utilizado para cobrança em apreço (Notificação Fiscal) não é hábil para a presente cobrança.

II. DA VEDAÇÃO À LAVRATURA DE NOTIFICAÇÃO FISCAL PARA A COBRANÇA IMPUGNADA

Pontua que a Notificação Fiscal é instrumento hábil para se proceder ao lançamento de ofício de créditos tributários pouco expressivos para o erário baiano. Isso é o que se infere da legislação pertinente que restringe a utilização deste instrumento para cobrar valores inferiores a R\$39.720,00, relacionados (i) ao descumprimento de obrigações acessórias, bem como débitos relativos (ii) ao IPVA e ITD e (iii) cobrança fiscal do contribuinte substituído quando o substituto não adimplir o crédito tributário.

Para melhor delimitar o campo material da Notificação Fiscal, destaca o art. 48, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Pontua que, para melhor compreensão do texto normativo transcrito acima, esclareça-se que a Notificação Fiscal somente pode ser utilizada para cobrar crédito tributário relacionado: (i) ao descumprimento de obrigações acessórias; (ii) ao IPVA e ITD; e (iii) a cobrança fiscal direcionada a contribuinte substituído, quando o contribuinte substituto não adimplir o crédito tributário.

Diz que, como se pode observar, o simples confronto entre o dispositivo de regência da Notificação Fiscal e o ato fiscal ora impugnado é suficiente para se aferir que a infração imputada não pode ser cobrada por meio de Notificação Fiscal.

Isso porque, conforme já exposto, a infração imputada se refere a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente da Impugnante nos períodos do ano de 2011 e esta suposta infração não está abrangida pelos incisos do artigo 48 do Decreto nº 7.629/99, que destaca.

Não havendo qualquer relação entre a infração imputada à impugnante e o campo material da Notificação Fiscal, resta inconteste que a Notificação Fiscal em apreço carece de fundamento normativo e, portanto, deve ser cancelada.

III. DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Diz que, conforme se observa da Notificação Fiscal impugnada, este procedimento fiscal foi formalizado no dia 20.12.2016 para cobrar crédito tributário relativo à suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente da Impugnante nos períodos de apuração compreendidos no ano de 2011.

Ocorre, todavia, que a Impugnada não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, visto que ocorreu homologação do auto lançamento efetuado pela Impugnante nos termos do artigo 156, VII, do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Diz que, no período em comento (2011), a Impugnante apurou e declarou seu débito fiscal e se utilizou dos créditos apropriados nesse mesmo período para realizar a compensação e, por conseguinte, extinguir o correspondente crédito tributário.

Dessa forma, a apuração fiscal no ano de 2011 foi regularmente realizada, vale dizer, declarou e recolheu o crédito tributário de suas atividades e tomou os créditos que tinha direito para realizar compensações.

Em vista disso, aduz que, sendo certo que **o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação**, com a ocorrência do fato gerador da obrigação jurídico tributária deste imposto se iniciou a fluência do prazo quinquenal para a Impugnada proceder à homologação do lançamento efetuado nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, conforme a seguir:

Art. 150. 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.

(...)

§ 4º 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. (g.n.)

Diz que, como se pode observar, o dispositivo legal pertinente é claro ao dispor que para tributos sujeitos ao lançamento por homologação o Ente Tributante dispõe de prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador da obrigação jurídico tributária, para homologar o auto lançamento efetuado.

Não obstante a clareza da disposição legal em comento, diz que o judiciário foi provocado para se posicionar sobre o início do prazo homologação do crédito tributário e, como não poderia ser diferente, prestigiou a literalidade do texto legal pertinente. Destaca decisão do STJ – Primeira Seção – Relator: Ministro Luiz Fux – Recurso Especial nº 766.050 – Julgado em 28.11.2007.

Registra que, como se pode observar, o caso em apreço se subsume inequivocamente no dispositivo legal de regência. Isso porque comprovadamente **tomou créditos nos períodos de 2011 relativamente aos produtos que adquiriu no ano de 2008 para compor seu ativo e, regularmente, declarou à Autoridade Fiscal**, conforme se observa do “Demonstrativo dos Créditos Excluídos do CIAP” que instrui a Notificação Fiscal em apreço.

Assim, diz que, tendo em vista que a Notificação de Lançamento impugnada foi lavrada no dia no dia 20.12.2016, este ato não pode incluir suposto crédito tributo relacionado aos períodos de apuração compreendidos no ano de 2011, visto que **ocorreu homologação tácita do lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos até o dia 19.12.2011**, de modo que se extinguiu tal crédito tributário nos termos do artigo 156, VII, do CTN.

Destaca que o “*Demonstrativo dos Créditos Excluídos do CIAP*” corrobora a extinção do crédito tributário em apreço. Isso porque nesse documento, que fundamenta a Notificação Fiscal em apreço, claramente é indicado que o crédito em apreço correspondente a parcelas da apropriação diluída em 48 meses dos créditos de aquisições de produtos no ano de 2008 para compor o ativo da Impugnante.

Diz que os créditos relativos às aquisições de produtos realizadas nesse período de 2008 para composição do ativo da Impugnante foram apropriados nos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011. Ao lavrar a presente Notificação Fiscal a impugnada deixou de relacionar os créditos apropriados nos anos de 2008, 2009 e 2010 por reconhecer a perda do seu direito de efetuar lançamento para cobrá-los, visto que estão extintos nos termos do artigo 156, VII, do CTN.

Registra ter ocorrido, todavia, que não se atentou que, igualmente aos demais períodos, perdeu o direito de lançar crédito tributário relativo ao ano de 2011 conforme exposto acima, pois ocorreu homologação tácita do lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos até o dia 19.12.2011.

Dessa forma, sendo certo que a Notificação Fiscal intenta cobrar crédito tributário de ICMS já extinto nos termos do artigo 156, VII, do CTN, mostra-se claro que deve ser cancelada,

reconhecendo-se a perda do direito da Impugnada de lançar crédito tributário relativo a fatos geradores ocorridos até 19.12.2011 nos termos do artigo 150, §4º, do CTN.

IV. DAS MULTAS ABUSIVAS APLICADAS

Diz que, não obstante a Notificação Fiscal impugnada não ser instrumento hábil para se realizar a cobrança em apreço e pelo fato de ter ocorrido à extinção do crédito tributário em apreço, cumpre destacar que as multas aplicadas se mostram abusivas, desproporcionais e tem efeitos confiscatórios.

Destaca que a instituição de penalidades elevadas pelos Entes tributantes é atitude reconhecidamente reprovável. Tal é o grau de nocividade dessa prática que a Constituição Federal institui vedação expressa à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de utilizar tributo com efeito de confisco. Veja-se art. 150, IV, da CF/88, que desataca

Diz que, em vista dessa previsão Constitucional, doutrina e jurisprudência invariavelmente têm entendido que a instituição de elevada multas por descumprimentos de obrigações tributárias afronta o denominado Princípio Constitucional da Vedação ao Confisco.

Após destacar entendimento de Ives Gandra da Silva Martins e decisão do STJ – Primeira Turma – Relator: Ministro Sérgio Kukina – Resp. nº 1.125.348 – Julgado em 24.02.2015, diz que não pairam dúvidas de que a imposição de multas de 60% (30%) do valor da operação, além de desproporcional e abusivo, mostra-se inconstitucional, visto que configurar confisco ao patrimônio do contribuinte.

Desta forma, sendo abusiva, desproporcional e com efeitos confiscatórios, pontua que se mostra necessária a reforma do auto (acórdão) recorrido para o fim de se cancelar as multas aplicadas.

V. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se seja recebida a presente impugnação para que:

- (i) **Seja cancelada a Notificação Fiscal impugnada**, visto que as infrações supostamente incorridas pela Impugnante não se subsumem nas hipóteses normativas permissivas da lavratura de Notificação Fiscal;
- (ii) Caso não se entenda pela impossibilidade de ser utilizada Notificação Fiscal para a cobrança em apreço, **seja a presente Notificação Fiscal cancelada**, visto que, nos termos do artigo 156, VII, do CTN, ocorreu a extinção do crédito tributário em apreço;
- (iii) Caso seja mantida a imputação contida na Notificação Fiscal impugnada, **seja a presente Notificação Fiscal julgada improcedente**, visto que a multa aplicada se mostra confiscatória.
- (iv) Protesta-se pela produção de todas as provas em direito admitidas.

Requer-se, por fim, que eventuais intimações da Impugnante sejam feitas na pessoa de sua advogada, **CELSO LUIZ DE OLIVEIRA**, inscrito na Secção Bahia da Ordem dos Advogados do Brasil sob nº **OAB/BA 17.279**, domiciliada no endereço informado a seguir: Oliveira, Augusto, Maaze Advogados. Rua Frederico Simões, 85, Sala 601, Caminho das Árvores – CEP: 41.820-774, Salvador – BA, e-mail: intimacoes@oam.adv.br.

Às fls. 60 a 62 dos autos, têm a Informação Fiscal produzida pelos Autuantes, onde, após resumidamente descreverem os termos da defesa, assim posicionam:

Dizem que o cerne da questão é a utilização de créditos fiscais referentes mercadorias incorporadas ao ativo imobilizado por acesso físico, matéria em que a autuada não se pronunciou.

Destacam que é inquestionável, o elemento fático que ensejou a presente notificação fiscal, considerando a vedação constante na alínea “c”, inciso IV do artigo 97 do RICMS (Ba) – Decreto nº 6.284/97, também reproduzida no atual regulamento no artigo 310.

Dizem que se podemos visualizar que mercadorias como: “*vigas, portas, paredes, rodapés, porcelanato e outras*”, adquiridas pela autuada para o ativo imobilizado, foram incorporadas ao imóvel por acessão física.

Em vista disto, dizem que restou a autuada buscar suas razões de defesa nos seguintes pontos ao qual passamos a comentar:

- *Sobre a vedação da utilização da Notificação Fiscal, com fulcro art. 48, do RPAF*

Dizem que, após transcrever o dispositivo, vigente na data da lavratura da presente Notificação Fiscal, o texto é claro, e afirmam, que a Notificação Fiscal é o instrumento pelo qual deve ser feito o lançamento de ofício para a exigência de crédito tributário, seja de obrigação principal ou de obrigação acessória, quando o valor for inferior a R\$39.720,00, cuja a Notificação lavrada totaliza em R\$31.997,42.

- *Sobre a extinção do crédito tributário*

Pontuam que não prospera o pedido da Autuada para excluir os valores referente aos fatos geradores ocorridos anteriores a 20/12/2011, considerando que, a legislação do Estado da Bahia determina que a homologação de lançamentos o se dará em (5) cinco anos a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte em que o lançamento foi efetuado.

- *Sobre as Multas abusivas.*

Dizem que as multas aplicadas estão respaldadas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Falece de competências a estes agentes Autuantes apreciar qualquer pedido de dispensa ou redução das mesmas.

Assim, dizem que, após comprovar que as razões apresentadas pela autuada não merecem guarida e ou não refletem a verdade material contida na legislação fiscal do Estado da Bahia, propõem que está Douta Corte que acate todos os valores imputados como infração fiscal na forma dos lançamentos da inicial da presente notificação.

São as considerações que têm a tecer referentes aos fatos que lhes foram apresentados no presente processo e que colocam a apreciação desta Douta Corte.

À fl. 64, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 16/12/2016, refere-se à exigência de R\$14.794,45 de imposto (ICMS), mais multa de 60%, no valor de R\$8.876,67, e acréscimo moratório de R\$8.326,31, que perfaz o montante de R\$31.997,42, por ter o adquirente utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, na forma do demonstrativo de fls. 6 a 29 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 97, inciso XII, Decreto nº 6.284/97, e multa de 60% tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Preliminarmente, ao manifestar sobre os termos da autuação, o sujeito passivo pontua que, a simples análise do demonstrativo de cálculo que instrui a Notificação Fiscal, ora atacada, é suficiente para demonstrar que o trabalho fiscal não merece prosperar, visto que o instrumento utilizado para a cobrança em apreço (Notificação Fiscal), não é ideal para a presente exigência.

Registra que a Notificação Fiscal é instrumento hábil para se proceder ao lançamento de ofício de créditos tributários pouco expressivos para o erário baiano. Diz que isso é o que se infere da legislação pertinente, que restringe a utilização deste instrumento para cobrar valores inferiores a R\$39.720,00, relacionados (i) ao descumprimento de obrigações acessórias, bem como débitos relativos (ii) ao IPVA e ITD, e (iii) cobrança fiscal do contribuinte substituído quando o substituto não adimplir o crédito tributário na forma do artigo no art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto

nº 7.629/99, que a seguir destaco:

Art. 48. A Notificação Fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência de crédito tributário de valor inferior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Sobre tal arguição, não é o que observo do art. 48, do RPAF/BA, com a redação dada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15. Como tal, não sevê qualquer restrição de tipo de tributo na forma arguida pelo sujeito passivo, a restrição dar-se apenas que a exigência do crédito tributário seja de valor inferior a R\$39.720,00, onde, no caso em comento, se trata de um lançamento de ofício, que perfaz um montante de R\$31.997,42, por ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, na forma do demonstrativo de fls. 6 a 29 dos autos.

Portanto, diferentemente do afirmado pelo sujeito passivo na sua peça de defesa, o presente PAF está em perfeita sintonia com o que dispõe o art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Afasto essa arguição de nulidade da Notificação Fiscal em tela.

O outro tópico de arguição da autuação pelo sujeito passivo, é a extinção do crédito tributário lançado na Notificação Fiscal em tela. Diz que, conforme se observa da Notificação Fiscal impugnada, este procedimento fiscal foi formalizado no dia 20/12/2016, para cobrar crédito tributário relativo à suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente nos períodos de apuração compreendidos no ano de 2011.

Consigna que, o Estado da Bahia não tem o direito de cobrar o crédito tributário em apreço, visto que ocorreu homologação do auto lançamento efetuado nos termos do artigo 156, VII do Código Tributário Nacional (“CTN”). Aduz que, no período em comento (2011), apurou e declarou seu débito fiscal, e se utilizou dos créditos apropriados nesse mesmo período, para realizar a compensação com os débitos fiscais junto à Fazenda Pública Estadual.

Dessa forma, registra que a apuração fiscal no ano de 2011 foi regularmente realizada, vale dizer, declarou e recolheu o crédito tributário de suas atividades e tomou os créditos que tinha direito para realizar compensações.

Em vista disso, aduz que, sendo certo que o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação, com a ocorrência do fato gerador da obrigação jurídico tributária deste imposto, se iniciou a fluência do prazo quinquenal para o Estado da Bahia proceder à homologação do lançamento, efetuado nos termos do artigo 150, § 4º do CTN.

Os agentes Fiscais Autuantes, em sede de Informação Fiscal, dizem que o cerne da questão é a utilização de créditos fiscais referentes às mercadorias incorporadas ao ativo imobilizado por acessão física, matéria em que a autuada não se pronunciou.

Destacam que é inquestionável o elemento fático que ensejou a presente notificação fiscal, considerando a vedação constante na alínea “c”, inciso IV do artigo 97 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, vigente à época dos fatos, também reproduzido no art. 310 do atual RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, vez que, as mercadorias “*vigas*”, “*portas*”, “*paredes*”, “*rodapés*”, “*porcelanato*” e “*outras*”, objeto da autuação, adquiridas pela autuada para o ativo imobilizado, foram incorporadas ao imóvel por acessão física, com lançamento dos seus créditos no livro CIAP, o que a legislação não permitia.

Dizem que não prospera o pedido do sujeito passivo para excluir os valores referente aos fatos geradores ocorridos anteriores a 20/12/2011, considerando que, a legislação do Estado da Bahia determina que a homologação de lançamentos se dará em (5) cinco anos, a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte em que o lançamento foi efetuado. Pedem a procedência da autuação.

Neste contexto, passo então a me pronunciar sobre este item da lide, que diz respeito a uma preliminar de mérito da autuação.

Em sendo assim, no mérito, coaduno com o entendimento dos agentes Fiscais Autuantes de que as mercadorias “*vigas*”, “*portas*”, “*paredes*”, “*rodapés*”, “*porcelanato*” e “*outras*”, objeto da autuação, adquiridas pela autuada para o ativo imobilizado, incorporadas ao imóvel por acessão física, com lançamento dos seus créditos no livro CIAP, a legislação não permitia, como assim dispunha a alínea “c”, inciso IV, do artigo 97 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, combinado com o § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, vigente à época dos fatos, que a seguir reproduzo:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, consideram-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

III - os imóveis por acessão física.

Neste aspecto, não há lide nos autos, vez que o sujeito passivo não faz qualquer menção de considerações de mérito na peça de defesa, entretanto, traz aos autos considerações de preliminar de mérito, como anteriormente destacado, que passo então a manifestar.

O defendant coloca em relevo aspectos de decadência, sob a perspectiva de que a cobrança não há de subsistir ante a decadência do direito à constituição de todo o crédito tributário, tendo em vista que, conforme se observa da Notificação Fiscal ora impugnada, este procedimento fiscal foi formalizado no dia 20/12/2016, para cobrar crédito tributário relativo à suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente da Impugnante, nos períodos de apuração compreendidos no ano de 2011.

Aduz que, no período em comento (2011), apurou e declarou seu débito fiscal e se utilizou dos créditos apropriados nesse mesmo período, para realizar a compensação com os débitos fiscais junto à Fazenda Pública Estadual. Diz que declarou e recolheu o crédito tributário de suas atividades, e tomou os créditos que tinha direito para realizar compensações.

Em vista disso, aduz que, sendo certo que o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação, com a ocorrência do fato gerador da obrigação jurídico tributária deste imposto, se iniciou a fluência do prazo quinquenal para o Estado da Bahia proceder à homologação do lançamento efetuado nos termos do artigo 150, § 4º do CTN.

Como bem destacou o sujeito passivo, em sede de defesa, no âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN), editado pela Lei nº 5.172/66. Observa-se que, nos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, se por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º, remete à contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo, na forma a seguir destacada:

Art. 150. 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.

§ 4º 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. (grifo Acrescido)

Por sua vez, o art. 173, inciso I do CTN, remete à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo, na forma a seguir destacada:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido, de fato, na formaposta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150, § 4º do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN).

No caso da Notificação Fiscal, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação aos fatos geradores até a data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, até o dia 20/12/2016, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário relativo à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas, nos períodos de apuração compreendidos no ano de 2011, para o ativo imobilizado, incorporadas ao imóvel por acessão física, com lançamento dos seus créditos no livro CIAP, em que a legislação não permitia, como assim dispunha a alínea "c", inciso IV, do artigo 97 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, combinado com o § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, vigente à época dos fatos; pois **enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN**, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores.

Não vejo presente nos autos a situação de ocorrência fiscal que se enquadra nas disposições contidas no inciso I, do art. 173 do CTN, combinado com o § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal, em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e 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 específico, o réponente lançou crédito no livro fiscal próprio de valores, oriundos do CIAP, decorrentes de aquisições para o ativo imobilizado, incorporadas ao imóvel por acessão física, em que a legislação não autorizava, com isso, efetuando o pagamento da quantia devida do imposto (ICMS) a menor, em razão eminentemente de equívoco na interpretação da legislação competente.

Desta forma, entendendo que não se vê nos autos hipóteses de dolo, fraude ou simulação nas ocorrências das acusações, como também qualquer manifestação dos Agentes Fiscais Autuantes de tais ocorrências, conta-se o prazo decadencial a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN destacado acima.

Aliás, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Neste contexto, os fatos geradores que ocorreram nas datas de ocorrência de 30/01/2011 a 30/11/2011, porquanto a ciência da Notificação Fiscal ter ocorrido em 20/12/2016, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devendo considerar homologados os lançamentos, e definitivamente extinto o crédito, por ter sido efetuado 5 (cinco) anos após a

materialização do fato gerador. Acolho parcialmente, portanto, a arguição de decadência do sujeito passivo.

A data de ocorrência de 31/12/2011, de constituição do lançamento por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para o ativo imobilizado, incorporadas ao imóvel por acessão física, com lançamento dos seus créditos no livro CIAP, em que a legislação não permitia, como assim dispunha a alínea “c”, inciso IV, do artigo 97 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, combinado com o § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, vigente à época dos fatos, deve ser mantido por ser procedente a autuação e não ter imperado a decadência da Fazenda Pública do Estado da Bahia constituir o lançamento, como assim procederam assertivamente os autuantes.

Quanto à pretensão de que eventuais intimações da Impugnante sejam feitas na pessoa de seu advogado, Celso Luiz de Oliveira, inscrito na Secção Bahia da Ordem dos Advogados do Brasil sob nº OAB/BA 17.279, domiciliado no endereço informado a seguir: Rua Frederico Simões, 85, Sala 601, Caminho das Árvores – CEP: 41.820-774, Salvador – BA, e-mail: intimacoes@oam.adv.br, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, mantendo também a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, prevista no artigo 108 do RPAF, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **206900.3013/16-0**, lavrada contra **LOJAS RIACHUELO S. A.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.232,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alíneas “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA