

N.F. N° - 298958.0066/21-5

NOTIFICADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.

NOTIFICANTES - JOSMAN FERREIRA CASAES / JORGE JESUS DE ALMEIDA

ORIGEM - DAT NORTE / IFEP

PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/02/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0012-02/22NF-VD

EMENTA: ICMS CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Acusação Fiscal e respectiva capitulação legal, não condizente com o fato real. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 02/09/2021, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.681,96, mais acréscimo moratório no valor de R\$ 381,75, e multa de 60% no valor de R\$ 1.009,19, perfazendo um total de R\$ 3.072,90, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme demonstrativo de CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR – 2016, 2017 E 2018. Referente aos períodos dos meses de 03, 04, 06, 10 e 12/2016; 01, 04, 05, 09, 10, e 11/2017; 04, 05, 06, 07, 08 e 12/2018.

Enquadramento Legal: Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art.309, § 7º do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Tipificação da Multa: Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogado, com anexos, às fls. 11/41, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação.

Faz uma síntese da autuação afirmando que se trata de Notificação Fiscal lavrada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sob alegação de utilização indevida de crédito de ICMS no montante histórico de R\$1.681,96 acrescido de multa e atualização monetária, todavia a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações que fundamentam as supostas exigências ocorreram há mais de cinco anos da data da ciência da autuação. (**Doc. 2**).

Fala que o fato gerador do ICMS encontra-se descrito pelo artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96, que regulamenta o imposto em âmbito nacional e dentre outras providências, estabelece a ocorrência do fato gerador com a saída das mercadorias do estabelecimento do contribuinte. A Impugnante foi cientificada da lavratura da Notificação Fiscal em 22/09/2021, ou seja, há mais de 5 anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas.

Fala sobre o instituto da decadência transcrevendo lições de diversos estudiosos dentre eles Hugo de Brito Machado e para Eurico Marcos Diniz de Santi para corroborar o seu entendimento de que o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial dos tributos sujeitos à lançamento por homologação é a data da suposta ocorrência do fato gerador (ou seja, a data de saída das mercadorias do estabelecimento da Impugnante), destacando que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º do CTN, no caso de tributos sujeitos a

lançamento por homologação, quando o contribuinte recolher parcialmente o imposto a ser homologado.

Ressalta também que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça consignaram, no Recurso Especial nº 973.733/SC, recurso representativo de controvérsia julgado na forma do artigo 543-C, CPC/1975 (correspondente ao artigo 1.036 do CPC/2015) e que originou a Súmula 555/STJ, que o prazo decadencial fixado pelo artigo 173 do CTN somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não houver recolhimento antecipado do tributo.

Dessa forma, considerando que a Impugnante foi intimada do Auto de Infração em 22/09/2021, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 22/09/2016, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º do CTN, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão.

Não consta informação fiscal no processo.

VOTO

Inicialmente, verifico que a Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar da Impugnante o ICMS por utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque a maior de imposto nos documentos fiscais, com o seguinte enquadramento legal: Infração 01 – (001.002.041) Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art. 309, § 7º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

No entanto na análise das planilhas demonstrativas, inseridas na mídia (CD), que serviram de base para o cálculo do ICMS cobrado no presente processo, observo a existência de vícios jurídicos, intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

A planilha nos apresenta uma relação de Notas Fiscais de transferências internas do Centro de Distribuição, com o CFOP 1152 – Transf. Merc. Adqr. Terc. Oper. Merc. Suj. Sub. Trib. ES-.

As mercadorias constantes nessas Notas Fiscais são produtos da área de informática como, Roteador, Notebook, Impressora, Mouse, Pen Drive e conforme consulta em algumas das Notas Fiscais constantes na planilha, essas mercadorias já vem com destaque do ICMS Substituição Tributária, encerrando a sua fase de tributação.

Observo, portanto, que a capitulação legal constante da infração não é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento” onde está sendo cobrado crédito indevido de ICMS em decorrência de destaque a maior de imposto nos documentos fiscais, quando a situação real trata-se de crédito fiscal indevido de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária com o seguinte enquadramento legal: (01.02.06) Art. 9º e 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96 C/C art. 290 do RICMS /BA.

Preliminarmente entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, entre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia da ampla defesa, e do devido processo legal.

“RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Entendo que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, art. 18 do RPAF-BA/99, a seguir transcrita. Haja vista que deveria o Notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a

infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, de forma condizente e inquestionável, com o fato concreto. Possibilitando, assim, que o contribuinte exercesse plenamente o direito de defesa.

Art. 18. São nulos:

(...)

II- os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

De tudo exposto, voto pela NULIDADE.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do Notificado, que analise a possibilidade de renovação de procedimento, a salvo de falhas e incorreções, respeitado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **298958.0066/21-5**, lavrada contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR