

PROCESSO - A. I. N° 295309.3007/16-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.
RECORRIDOS - UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF nº 0226-01/17
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTRANET 21.11.2024

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0279-11/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO DEC. 10.936/2008. A Recorrente possuía débitos inscritos em Dívida Ativa, sem suspensão da exigibilidade. Condição que impedia a fruição do tratamento previsto no Decreto nº 10.936/2008, que permitia a apropriação de crédito fiscal em valor proporcional ao das saídas de álcool etílico. Créditos fiscais presumidos apropriados em 2011, 2012 e 2013, considerados indevidos. Caracterizada a decadência do direito de a Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2011. Reconhecido o direito da Recorrente em utilizar quaisquer outros créditos vinculados à sua produção no sistema de débito e crédito, quando impossibilitado de se apropriar dos créditos presumidos previsto no Decreto nº 10.936/2008. Efetuado os ajustes pela autuante. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a decisão proferida por meio do Acórdão da 1^a JJF nº 0226-01/17 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo na alínea “b” do citado dispositivo regulamentar citado acima.

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.319.736,52, decorrente da irregularidade assim discriminada:

Infração 01 - 01.04.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS.

Ver Anexo 01 - A utilização indevida do crédito fiscal com base nas vendas internas e interestaduais de álcool anidro e hidratado se deve ao fato do contribuinte não preencher requisitos previstos no Art. 30. VI do Dec. 10.936/2008: Art. 30 Para fazer jus ao lançamento dos créditos fiscais previstos nos arts. 1º e 2º, o contribuinte deverá atender cumulativamente às seguintes condições: (...) VI não possuir débito para com a fazenda estadual, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 19/12/2017 e decidiu por unanimidade, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme acórdão às fls. 130 a 132, nos termos a seguir transcritos:

“VOTO

Incialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e que a multa aplicada está prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

De acordo com o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, acolhido pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, conforme Parecer GAB LSR 09/2017, devido a reiteradas decisões judiciais, é sugerido que a Administração Fazendária reformule suas rotinas de trabalho, a fim de que a notificação regular do contribuinte acerca do lançamento de ofício se ultime ainda no curso do prazo decadencial e que seja reconhecido, ainda na esfera administrativa, que o lançamento do crédito tributário somente se considere concretizado, para fins de afastamento do cômputo decadencial, quando efetuada a respectiva intimação ao contribuinte.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o montante do imposto supostamente devido. Desse modo, com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador até a data da ciência do auto de infração pelo autuado.

A intimação do autuado acerca da lavratura do presente auto de infração, somente ocorreu no dia 07/07/2016, conforme documento acostado à fl. 03. Desse modo, na data da ciência da lavratura do auto de infração pelo autuado, já havia decaído o direito da Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2011.

O presente auto de infração consiste em exigência fiscal decorrente de uso indevido de crédito fiscal apropriado nas saídas de álcool etílico, pois o autuado não observou condição para sua fruição, estabelecida no inciso VI do art. 3º do Decreto nº 10.936/2008, que exigia que o contribuinte não possuisse débito para com a Fazenda Pública, cuja exigibilidade não estivesse suspensa.

O autuado não combateu a acusação trazida aos autos de que possuía débito inscrito em dívida ativa, sem suspensão de exigibilidade, no período de ocorrência dos fatos geradores. Apenas apresentou demonstrativos relacionando os créditos fiscais apropriados às respectivas notas fiscais de saídas por ele emitidas, com memória de cálculo para confirmação dos valores.

Desse modo, considerando que o autuado não reunia as condições previstas no art. 3º do Decreto nº 10.936/2008 para apropriação de créditos fiscais calculados proporcionalmente às saídas de álcool etílico por ele realizadas, pois possuía débitos inscritos em dívida ativa sem suspensão da exigibilidade, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 991.488,69, tomando por base o demonstrativo apresentado pelo autuante na informação fiscal (fl. 84) e após a retirada dos meses em que ficou caracterizado o esgotamento do prazo decadencial, conforme demonstrativo a seguir:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/12/2011	115.356,72
31/01/2012	109.898,51
29/02/2012	50.970,65
31/03/2012	85.511,28
30/04/2012	156.725,81
31/12/2012	194.846,34
31/01/2013	121.753,82
28/02/2013	129.489,48
31/03/2013	5.886,06
31/12/2013	21.050,02
TOTAL	991.488,69

Em razão de a desoneração ter ultrapassado o limite previsto no art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da própria decisão.

O sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário às fls. 154 a 171, no qual demonstrou a tempestividade fez um resumo dos fatos e prometeu comprovar a absurda desproporcionalidade da cobrança, porque os débitos retidos se mostram ínfimos em relação ao valor exigido.

Conta que quando apresentou sua defesa, por não ter sido através de advogados, não combateu, especificamente, o cerne da acusação, razão pela qual a 1ª JJF julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, tão somente para afastar, em razão do escoamento do prazo decadencial, a cobrança dos créditos tributários constituídos nas ocorrências de janeiro a maio de 2011.

Assim, interpôs o Recurso Voluntário, arguindo preliminarmente, a nulidade do lançamento, pela ausência dos elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e promete defender a improcedência da cobrança, vez que, no momento da lavratura do Auto de Infração, todos os débitos de sua titularidade já estavam quitados ou parcelados, tendo sido a suposta e eventual mora existente devidamente purgada.

Acrescenta que comprovará a absurda desproporcionalidade da presente cobrança, notadamente

porque os débitos tributários, no período da autuação, revelam-se ínfimos em comparação ao *quantum* ora cobrado, portanto, a penalidade cominada é muito maior do que a própria gravidade da conduta que a originou.

Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso se entenda em sentido contrário, pugna pelo abatimento dos débitos ora constituídos com os créditos fiscais regulares detidos pela Recorrente em razão da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), mas não utilizados em virtude da vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008.

Ao arguir nulidade do lançamento, informa que foi publicado o Decreto nº 10.936/2008, concedendo um tratamento tributário diferenciado aos contribuintes que realizavam operações internas e interestaduais envolvendo o Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e o Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), estabelecendo que os contribuintes poderiam se apropriar de créditos presumidos de ICMS, mediante a aplicação de certas alíquotas sobre o valor das operações de saídas, desde que fossem autorizados pelo Diretor de Administração Tributária, após parecer prévio da Coordenação de Petróleo e Combustíveis (COPEC).

Explica que por realizar diversas operações internas e interestaduais envolvendo as citadas mercadorias, celebrou um Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Doc. 02), assegurando o gozo de todos os benefícios fiscais previstos pelo Decreto nº 10.936/2008, conforme trecho reproduzido.

Destaca as condições para a fruição dos benefícios previstos no Termo de Acordo, dentre elas a prevista no inc. IX da cláusula segunda, prevê a imediata suspensão dos efeitos do Termo de Acordo no caso de surgimento de débitos de responsabilidade da acordante, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Comando este, previsto no art. 3º, inc. VI do Decreto nº 10.936/2008, que regulamenta o tratamento tributário com as operações com o Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e o Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC).

Relata que durante o período da fiscalização, a Recorrente realizou algumas operações de venda de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) e consequentemente, lançou os correspondentes créditos presumidos de ICMS, tal como previa o Termo de Acordo, aplicando os percentuais previstos sobre o valor das operações. Contudo, segundo a Fiscal, a apropriação destes créditos presumidos de ICMS ocorreu de forma indevida, tendo em vista que, a Recorrente possuía, no período, débitos exigíveis para com a Fazenda Estadual, transgredindo assim o art. 3º, inc. VI do Decreto nº 10.936/2008, razão pela qual lavrou o presente Auto, glosando todos os créditos apropriados.

Ressalta que, no entanto, a Fiscal não comprovou o efetivo cometimento da infração, isto é, a suposta utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS pelo contribuinte detentor de débitos tributários exigíveis, fato que entende implicar na nulidade do lançamento por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Afirma que a Fiscal se limitou a demonstrar os valores informados pela Recorrente a título de crédito presumido de ICMS lançado em sua escrita fiscal e colacionou planilhas, registros de apuração do ICMS e cópias das DMAs apresentadas, sem observar ou acostar qualquer documento que comprovasse que a Recorrente possuía, naquele período, débitos com a exigibilidade ativa. Sendo que somente na informação fiscal a autuante juntou ao processo uma planilha, fl. 85, na qual relacionou, de maneira genérica, uma série de processos administrativos fiscais, a maioria dos quais com alguma hipótese de suspensão da exigibilidade.

Ressalta que a apresentação dos elementos suficientes para se determinar, com segurança o efetivo cometimento de uma infração deve ocorrer no momento da lavratura do Auto de Infração, e não posteriormente, tal como se procedeu *in casu*.

Reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional, e ressalta que o erro na construção do

lançamento acarreta o vício insanável, não sendo permitido o seu refazimento.

Friza que o momento correto para a apresentação dos documentos seria o da lavratura do Auto de Infração, que se apresentados posteriormente, além de distorcer a lógica do processo administrativo, a autuante feriu os princípios da segurança jurídica e da boa-fé processual, na tentativa de convalidar um ato administrativo eivado de nulidade até mesmo após a impugnação.

Destaca que o documento tardivamente acostado pela Fiscal, em sua informação, também não se revelou apto a comprovar o efetivo cometimento da infração, mostrando-se uma prova absolutamente insuficiente para dar suporte à acusação, já que não é possível se identificar, com precisão, quais débitos supostamente detidos pela Recorrente se encontravam sem a exigibilidade suspensa durante o período da fiscalização.

Salienta que no processo administrativo tributário o ônus probatório recai sobre aquele que alega os fatos constitutivos, portanto, a Administração Tributária deveria apresentar um lastro probatório mínimo a embasar suas alegações. Ou seja, a autuante deveria ter apurado a verdade material, comprovando e demonstrando os débitos sem a exigibilidade suspensa, o que não ocorreu, ainda que tardivamente.

Transcreve lição de Hugo de Brito Machado sobre o tema da presunção de veracidade das arguições fiscais e frisa que não pretende questionar a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, por ser uma presunção essencial para que o Poder Público promova os seus desideratos. Todavia, tal atributo não exime os agentes públicos de provarem a legitimidade de suas presunções, sob pena de abuso de poder e desvio de finalidade, vícios que eivam de nulidade os atos administrativos.

Conclui que a Fiscalização não materializou em seu lançamento certezas, mas meras ilações, conduta que classifica como uma clara demonstração do desenfreado desejo do Poder Público em promover um aumento em sua receita, o que esbarra nos limites da boa aplicação do Direito.

Repisa que no presente caso, a autuante não comprovou o efetivo cometimento da infração e o documento tardivamente acostado à fl. 85, apenas apontou indícios genéricos com a pretensão de pressupor a ocorrência do fato gerador, sem observar a tipicidade cerrada. Os indícios fornecem probabilidades, mas nunca certezas capazes de legitimar um lançamento fiscal, conforme entendimento do jurista Roque Antonio Carrazza sobre a matéria, cujo trecho segue copiado.

Entende que competiria ao Fisco apresentar as provas dos fatos com a prova dos indícios para, através destas demonstrar o real cometimento da infração, sendo que no presente caso a Fiscalização não ofereceu as provas capazes de legitimar o lançamento e não especificou os débitos sem a exigibilidade suspensa detidos pela Recorrente, razão pela qual, diz que o lançamento é nulo.

Argumenta que a correta construção probatória a ser apresentada pela Fiscalização seria uma relação dos eventuais débitos que estivessem com a exigibilidade ativa em cada um dos meses de ocorrência da infração, caracterizando a suposta utilização indevida dos créditos tributários, de modo que se pudesse realizar um cotejo, mês a mês, de utilização dos créditos versus existência de débitos sem exigibilidade suspensa. Contudo, isso não foi feito, vez que a planilha de fl. 85 apenas relaciona, de maneira genérica, os débitos da empresa, a maior parte deles, inclusive, constituídos em momento posterior aos próprios fatos geradores, em relação aos quais, aponta hipóteses de ocorrência com suspensão da exigibilidade, sem permitir a verificação do objeto da acusação.

Friza que apresentadas as provas, se remanescer uma dúvida razoável de improcedência ou nulidade da exação, o Julgador não poderá decidir contra o acusado, afinal, na incerteza, o Direito preserva a liberdade em sua acepção mais ampla, a proteção do contribuinte da inferência do Estado sobre o seu patrimônio.

Pugna pela reforma da Decisão recorrida, a fim de que, com arrimo no art. 18, inc. IV, alínea “a”

do Decreto nº 7.629/1999, declare a nulidade do Auto de Infração e, em homenagem ao princípio da eventualidade, caso este Conselho assim não entenda, a Recorrente passa a defender a improcedência da cobrança.

Sob o título “*DA IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO*”, relata os fatos que levaram a lavratura do Auto de Infração cujas provas trazidas pela Fiscalização não permitiram apurar se havia ou não os débitos que, em tese, se encontravam sem a exigibilidade suspensa no período objeto da autuação.

Pondera, ainda que esta prova não tenha sido produzida, quando houve a efetiva autuação, todos os débitos de titularidade da Recorrente já estavam quitados ou parcelados e, portanto, com a exigibilidade suspensa, sendo a suposta mora eventualmente existente já purgada pela Recorrente.

Explica que em dezembro de 2015, a Recorrente concluiu um processo de transação com a Secretaria da Fazenda da Bahia, o qual foi supervisionado pelo Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos, tendo contado com a participação de representantes da Procuradoria do Estado e do Ministério Público.

Acrescenta que esta transação envolveu a compensação de diversos débitos tributários da Recorrente com créditos de ICMS detidos por outra empresa do grupo econômico do qual faz parte. O saldo remanescente dos débitos, a empresa inseriu no Programa Concilia, instituído pelo Estado no final de 2015 para viabilizar o parcelamento com anistia de débitos dos contribuintes baianos.

Afirma que, conforme demonstra a ata da audiência anexa (Doc. 03), realizada em 11/12/2015, após dezembro/2015, todos os débitos eventualmente existentes em nome da Recorrente ou foram quitados por meio de compensação tributária, ou foram incluídos no parcelamento do CONCILIA, cujas parcelas vêm sendo pagas rigorosamente em dia.

Aduz que não seria razoável a manutenção do lançamento, notadamente porque o propósito do Fisco Estadual não é perseguir os contribuintes ou lhes vedar o direito à utilização de um crédito, mas, buscar o adimplemento de todos os tributos que lhe sejam devidos, o que foi feito pelo própria União Industrial Açucareira Ltda., antes mesmo de iniciada a ação fiscal.

Conclui que ao proceder à quitação ou o parcelamento de seus débitos antes de qualquer procedimento de fiscalização, ainda que, eventualmente, de forma extemporânea, a Recorrente realizou a purgação de sua mora.

Portanto, o presente Auto de Infração representa uma grave penalidade, sendo inequívoca a natureza punitiva e sancionatória desta autuação. Por outro lado, foram devidamente cumpridos todos os deveres para com o Fisco, quais sejam, o pagamento/parcelamento do tributo e seus acréscimos.

Destaca que este CONSEF já consolidou o seu entendimento, a respeito da controvérsia, ao julgar o Auto de Infração nº 1085950002/07-5, quando o contribuinte demonstrou ter quitado suas pendências, por meio de denúncia espontânea, não sendo correta, portanto, a perda posterior do benefício por ele auferido.

Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso o Conselho entenda em sentido contrário, o que não se acredita, pugna pelo abatimento dos débitos ora constituídos com os créditos fiscais detidos pela Recorrente em razão da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), mas não utilizados tendo em vista a vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008.

Relembra que em março de 2008 foi editado o Decreto nº 10.936/2008, contudo, a Fiscalização entendeu que a apropriação dos créditos presumidos com base no citado decreto ocorreu de forma indevida, tendo em vista que a ora Recorrente possuía, no período autuado, débitos exigíveis para com a Fazenda Estadual.

Pugna pelo abatimento dos débitos ora constituídos com os créditos fiscais detidos pela Recorrente em razão da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), não utilizados, tendo em vista a vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008.

Argui se tratar de um direito da Recorrente, uma vez que os referidos créditos de ICMS efetivamente existem e apenas não foram lançados em sua escrita fiscal por conta da impossibilidade de apropriação de quaisquer outros créditos fiscais vinculados à produção do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), estabelecida pelo Decreto nº 10.936/2008.

Justifica, considerando que a Fiscal reputou indevida a utilização dos créditos presumidos de ICMS, ser justo e razoável permitir a apropriação dos créditos fiscais vinculados à produção dos itens relacionados, os quais não foram lançados em sua escrita fiscal porque entendia estar em pleno gozo das condições para auferir o regime tributário diferenciado estabelecido pelo citado decreto.

Sinaliza que qualquer entendimento em sentido contrário convalidaria o enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, que, por um lado, não reconhece o direito à apropriação dos créditos presumidos de ICMS, e, ao mesmo tempo, nega a utilização dos créditos de ICMS frutos da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), não aproveitados pela recorrente.

A fim de facilitar a compreensão do Conselho, acosta os documentos fiscais anexos (Doc. 04), demonstrando todas as entradas ocorridas, durante o período objeto da autuação, em razão da produção e comercialização do AEHC e do AEAC, sobre as quais não se creditou.

PERÍODO	CRÉDITO DE ICMS NÃO APROPRIADO
2011	R\$ 167.379,32
2012	R\$ 437.426,55
2013	R\$ 650.396,54
TOTAL	R\$ 1.255.196,41

Pugna pela realização de diligência fiscal, nos termos do art. 123, § 3º, c/com o art. 145, ambos do Decreto nº 7.629/1999, com o escopo de confirmar todos os créditos de ICMS detidos pela Recorrente durante o período fiscalizado, realizando-se o abatimento com os débitos ora constituídos.

Requer:

- i) A reforma da Decisão recorrida, a fim de que este CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a ausência dos elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração (art. 18, inc. IV, alínea “a” do Decreto nº 7.629/1999);
- ii) Caso este Conselho entenda em sentido contrário, requer a completa improcedência da cobrança, já que, no momento da lavratura do Auto de Infração todos os débitos de sua titularidade já estavam completamente quitados ou parcelados, sendo a mora existente devidamente purgada pela Recorrente;
- iii) Em homenagem ao princípio da eventualidade, pugna pelo abatimento dos débitos ora constituídos com os créditos fiscais detidos pela Recorrente em razão da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), mas não utilizados tendo em vista a vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008;
- iv) Pleiteia a realização de diligência fiscal, nos termos do art. 123, § 3º, c/com o art. 145, ambos do Decreto nº 7.629/1999, com o escopo de confirmar todos os créditos de ICMS detidos durante o período fiscalizado, realizando-se o abatimento com os débitos ora constituídos;
- v) Que todas as comunicações, intimações e notificações do presente feito sejam encaminhadas

ao escritório de seus Procuradores nos endereços indicados.

Em 22/11/2018 os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram converter o processo em diligência à PGE/PROFIS e à INFRAZ de origem para responder aos seguintes questionamentos:

- 1) *Como alega a Recorrente, os valores objeto do presente processo foram incluídos nos processos de parcelamento firmados pela Recorrente? ;*
- 2) *Em caso de ter ocorrido a inclusão dos valores reclamados em processo de parcelamentos, foram os mesmos honrados pela Recorrente? ;*
- 3) *Em caso de permanecer procedente a cobrança dos valores reclamados no Auto de Infração, poderia a autuante identificar se créditos de ICMS, nos períodos reclamados, realmente existiram e não foram pela Recorrente? ;*
- 4) *Em caso afirmativo, em quanto monta o valor destes créditos? ;*
- 5) *Ocorrendo a positivação dos quesitos 03 e 04, é possível proceder a recomposição da conta corrente fiscal?*

Em resposta a diligência, a autuante prestou a informação, fls. 274 e 275, respondendo as questões nos seguintes termos:

Questão 1): Não. Como se pode verificar nas planilhas *DEMONSTRATIVO DO ICMS RECLAMADO ATRAVÉS DE PAF* e *DEMONSTRATIVO PARCELAMENTO*, o parcelamento solicitado para o presente processo foi indeferido.

Questão 02): O pedido de parcelamento foi indeferido.

Questão 03) Ao renunciar aos créditos sobre as entradas, a Recorrente lançou a crédito fiscal do ICMS 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) sobre o valor da base de cálculo da operação nas saídas de Álcool Etílico Hidratado Combustível-AEHC, 40% (quarenta por cento) sobre o valor da base de cálculo da operação nas saídas de Açúcar, 65% (sessenta e cinco por cento) sobre o valor da base de cálculo da operação nas saídas de Melaço de Cana e R\$ 0,158 por litro de Álcool Etílico Anidro Combustível-AEAC, conforme *DEMONSTRATIVO APURAÇÃO CRÉDITO PRESUMIDO* nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

Ressalta que, embora, no que concerne ao álcool, o contribuinte não tenha preenchido os requisitos previstos em lei, quanto ao açúcar e ao melaço de cana os créditos foram devidamente lançados e apropriados.

Questão 04): Quando optou pela utilização do crédito presumido, o contribuinte renunciou a apropriação de quaisquer outros créditos sobre as entradas de mercadorias e insumos. Sendo assim, os referidos créditos nem foram lançados nos livros fiscais próprios.

Questão 05): Não há resposta.

Notificado da informação decorrente da diligência realizada, a Recorrente não se manifestou. Em seguida (18/02/2020), a CJF decidiu mais uma vez converter o processo em diligência, fls. 297 e 298, desta vez dirigida à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança - DARC para informar:

- 01) Os processos fiscais existentes no âmbito da SEFAZ/BAHIA que a Recorrente afirma estarem com exigibilidade suspensa, por negociação e parcelamentos, encontram-se nesta condição?
- 02) É direito da Recorrente, em caso de glosa dos créditos presumidos determinados pelo Termo de Acordo, a utilização dos créditos normais pelas entradas de insumos e créditos outros em suas operações?
- 03) Informar quais processos fiscais que envolvem a Recorrente encontram-se em situação de exigibilidade suspensa.

A DARC através da Gerência de Controle do Crédito Tributário - GCRED, fl. 304, assim respondeu as questões suscitadas na diligência:

Item 01: Todos os PAFs estão parcelados e adimplentes, com exceção dos PAFs 2953093007166 e

2972480020170 que estão em diligência.

Item 03: Todos os PAFs, ativos, de ICMS, encontram-se com a exigibilidade suspensa devido à Fase situação dos mesmos.

Item 02: Não é pertinente a esta GCRED.

Consta apensado aos autos, fl. 305, o e-mail do Coordenador da Gerência de Consultas e Orientação da Legislação Tributária - GECOT com o encaminhamento da seguinte informação:

“Com relação ao segundo questionamento da diligência processual solicitado pela Câmara de Julgamento Fiscal. É direito da Recorrente, em caso de glosa dos créditos presumidos determinados pelo Termo de Acordo, a utilização dos créditos normais pelas entradas de insumos e créditos outros em suas operações? ‘Informamos que a Recorrente, com a atividade econômica principal 1071600-Fabricação de açúcar em bruto, secundária - fabricação de álcool, detentora do Termo de Acordo de Parecer 8960/2010 do Decreto 10936/2008 fará jus à utilização dos créditos normais pelas entradas de insumos e créditos em suas operações, na impossibilidade de utilizar os créditos presumidos, em razão do descumprimento de seus termos.

Assim, a opção do crédito presumido previsto no Decreto nº 10.936/2008 ocorre como uma medida alternativa aos créditos convencionais, visando unicamente preservar o princípio da não cumulatividade do imposto, seguindo uma metodologia alternativa. Nesta hipótese, a Administração Tributária oferece o crédito presumido ao contribuinte como uma opção, mediante a celebração de Termo de Acordo, no lugar da apropriação do crédito de forma convencional, cabendo a ele renunciar todos os demais créditos a que teria direito pela entrada de mercadorias ou serviços. É uma forma simplificada de mensurar o montante do crédito, aplicando-se no um percentual sobre a base de cálculo e valor da operação.

Diante da impossibilidade da utilização dos créditos presumidos, e preservando o princípio da não cumulatividade do ICMS, a recorrente poderá utilizar os créditos fiscais utilizando o sistema normal de débito e crédito, e poderá utilizar quaisquer outros créditos vinculados à sua produção.

É a informação”.

Notificada do resultado da diligência a Recorrente apresentou manifestação, fls. 311 a 315, na qual faz um longo relato das recentes ocorrências no processo e defende que merece ser acolhido integralmente o argumento pela improcedência do Auto de Infração, vez que restou comprovado que todos os débitos da titularidade da Recorrente estavam quitados ou parcelados, ou seja, com a exigibilidade suspensa.

Observa que a DARC confirmou todas as afirmações e alegações da Recorrente no Recurso Voluntário, de que todos os débitos de sua titularidade já estavam quitados ou parcelados, portanto, com a exigibilidade suspensa.

Esclarece que os únicos processos mencionados pela DARC no item 01 do relatório, que não estavam quitados e/ou parcelados foram os Autos de Infração de nº 295309.3007/16-6 (que é o presente PAF, em discussão neste Conselho) e o nº 2972480020/17-0 (que também está em fase de discussão administrativa neste CONSEF, aguardando a conclusão de uma outra diligência fiscal e o julgamento do Recurso Voluntário), mas que ambos continuam com exigibilidade suspensa, conforme art. 151, inc. III do CTN, conforme comprovam os extratos anexos (Doc. 01).

Destaca a resposta ao item 03 da diligência: *“todos os PAFs, ativos, de ICMS, encontram-se com exigibilidade suspensa devido à fase/situação dos mesmos”*, não havendo qualquer dúvida a esse respeito.

Defende a improcedência total do Auto de Infração, uma vez que restou comprovado que todos os débitos de sua titularidade já estavam quitados ou parcelados, e os dois únicos processos que não se encontravam nesta condição são objeto de discussão administrativa neste CONSEF, em sede de Recurso Voluntário, mas que também se encontram na condição de suspensão de exigibilidade.

Em homenagem ao princípio da eventualidade, na remota hipótese deste Conselho não acolher o argumento de improcedência da autuação, requer que seja feito o abatimento dos débitos constituídos nesta autuação com os créditos fiscais por ela detidos, em razão da produção e comercialização do AEHC e do AEAC, não utilizados pela vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008.

Justifica que na diligência, a DARC esclareceu que o cumprimento desta parte da solicitação não seria pertinente à GCRED, ou seja, a apuração dos créditos não seria competência deste órgão. Contudo, o Coordenador do GECOT esclareceu, após transcrever o parecer que “(...) a Recorrente poderá utilizar os créditos fiscais utilizando o sistema normal de débito e crédito, e poderá utilizar quaisquer outros créditos vinculados à sua produção”.

Requer, caso os argumentos de nulidade e improcedência não sejam acatados, que seja determinada a realização de nova diligência fiscal, desta vez pela ASTEC, a fim de que se realize a apuração dos créditos relacionados na documentação já acostada aos autos pela Recorrente, abatendo-os dos débitos indevidamente constituídos nesta autuação.

Em 06/08/2021 o processo foi convertido em mais uma diligência à DARC, fls. 323 e 324, para que fosse informado:

- 1) Os processos fiscais existentes no âmbito da SEFAZ BAHIA que a Recorrente afirma estarem com exigibilidade suspensa, por negociação e parcelamentos, encontram-se nesta condição?
- 2) É direito da Recorrente, em caso de glosa dos créditos presumidos determinados pelo Termo de Acordo, a utilização dos créditos normais pelas entradas de insumos e créditos outros em suas operações?
- 3) Informar quais processos fiscais que envolvem a Recorrente encontram-se em situação de exigibilidade suspensa.

À fl. 328, um preposto da GCRED/DARC, prestou informação na qual ressaltou que a suspensão de exigibilidade não equivale à improcedência do crédito tributário e quanto a “solicitação do ponto 12 à folha 314, o contribuinte deve requerer a utilização do crédito junto ao setor competente”.

Em 21/06/2022, pautado para julgamento, a 1^a CJF, considerando que a informação prestada pela DARC não levou em conta a data de ocorrência dos fatos geradores (momento correto para se apurar a existência, ou não, do direito do contribuinte ao benefício fiscal), dado essencial para o deslinde da presente autuação, deliberou por converter o feito em nova diligência à DARC com vistas ao esclarecimento da seguinte questão:

- 1) Dentre os processos listados pela autuante, à folha 85, em sua informação fiscal, havia algum que se encontrava inscrito em Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa, no período de janeiro/2011 a dezembro de 2013 (época dos fatos geradores)?
- 2) Caso positivo, pede-se que seja especificado o período em que a empresa permaneceu nessa condição, ou seja, com débito inscrito em Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa.

A GCRED/DARC, em resposta à diligência, anexou aos autos relatórios do Sistema SIGAT, planilha com a indicação dos processos em nome da Recorrente, especificando a situação de cada um e as datas de ocorrências, conforme tabela a seguir reproduzida, fl. 355.

INFORMAÇÃO PARA O PAF 2953093007166-UNIÃO AÇUCAREIRA

PAF	Nº CDA	DATA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA	PERÍODO COM EXIGIBILIDADE E DÍVIDA ATIVA ENTRE JAN/11 E DEZ/13	DATA PAGAMENTO	DATA PARCELAMENTO	OBSERVAÇÃO
8500007395138	00738-18-0000-14	08/04/2014	Nenhum	25/07/2016	-	Quitado
8500007397130	00739-18-0000-14	08/04/2014	Nenhum	25/07/2016	-	Quitado
8500004141135	08992-18-0000-13	18/12/2013	Dez/13	25/07/2016	-	Quitado
2691820004114	06383-18-0000-11	03/01/2012	Jan/2012 a ago. /2012 maio/2013 a Dez/2013	-	15/08/2012	1 - Parcelamento Interrrompido em 25/05/2013 2 - Novo parcelamento 23/07/2015, finalizado; 3 - CDA Cancelada em 17/05/2012, mas restaurada posteriormente
7000080626104	Não inscrito		Nenhum	10/02/2011	-	Quitado
8500004023132	08991-18-0000-13	18/12/2013	Dez/13	25/07/2011	-	Quitado
8500006825139	00346-18-0000-14	24/03/2014	Nenhum	-	18/09/2014	Finalizado
8500001529132	04667-18-0000-13	07/09/2013	Set/2013 a Dez/2013	-	18/12/2015	Finalizado
8500001323135	04319-18-0000-13	07/09/2013	Set/2013 a Dez/2013	-	16/12/2015	Finalizado
8500002312137	05374-18-0000-13	07/09/2013	Set/2013 a Dez/2013	-	12/07/2016	Finalizado
2691930163136	07691-18-0000-13	30/10/2013	Out/2013 a Dez/2013	-	12/07/2016	Finalizado
8500002534130	06339-18-0000-13	01/10/2013	Out/2013 a Dez/2013	27/10/2015	-	Quitado

8500005142127	09496-18-0000-12	08/01/2013	Jan/2013.a Dez/2013	-	12/07/2016	Finalizado
9210943009110	Não inscrito		Nenhum	29/06/2011	-	Quitado
8500000396120	02121-18-0000-12	04/06/2012	Jun/2012 a Ago/2012 Maio/2013 a Dez/2013	-	10/08/2012	1 - Parcelamento Interrompido em 20/05/2013 2 - Novo parcelamento 19/07/2016, finalizado; 3 - Finalizado.
2691820003118	06384-18-0000-11	03/01/2012	Jan/2012 a Dez/2013	-	15/12/2015	Finalizado

Esclareceu ainda que na coluna “*PERÍODO COM EXIGIBILIDADE E DÍVIDA ATIVA ENTRE JAN/11 E DEZ/13*” estão demonstrados os períodos inscritos em Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa.

Notificado da informação, a Recorrente apresentou nova manifestação, fls. 363 a 378, na qual faz um relato dos fatos, repisa todos os argumentos já apresentados e, relativamente ao resultado da diligência realizada pela DARC, afirma que o relatório apresentado demonstra que alguns créditos tributários se encontravam inscritos na Dívida Ativa e sem a exigibilidade suspensa nos meses, objeto da autuação, porém, defende que tal fato não é possível ser considerado, neste momento processual, após diversas diligências infrutíferas já realizadas, a admissão de novas provas tão somente para emendar ou remendar o Auto de Infração ora discutido, o qual, desde o momento da sua constituição, já nasceu nulo e destituído de qualquer comprovação mínima das infrações imputadas.

Defende que não se admita a possibilidade do conserto ou do aperfeiçoamento de um Auto de Infração que já se encontra em fase final de julgamento. Permitir tal conduta significaria relativizar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé processual, uma vez que abriria a prerrogativa para as autoridades administrativas constituírem diversos créditos tributários, sem contar com qualquer justificativa para embasar seus atos, colocando os contribuintes em situação de verdadeira insegurança jurídica.

Reforça a obrigação do Fisco Estadual, no momento da constituição do crédito tributário, demonstrar de forma clara, objetiva e segura a materialidade do cometimento das infrações, o que não se observou no presente caso, posto que, conforme já demonstrado, o Auto careceu de qualquer comprovação mínima de materialidade da infração.

Acrescenta que da análise da planilha acostada pela SAT/DARC/GCRE, que o crédito tributário inteiro referente ao exercício de 2011, sequer poderia ter sido constituído, tendo em vista que restou demonstrada na planilha de fl. 355 a ausência de quaisquer débitos inscritos em Dívida Ativa sem exigibilidade suspensa relativamente a 2011, comprovando a maneira equivocada, defeituosa e incompleta com que fora realizado o lançamento do crédito tributário, ora discutido.

Argui que a Fiscal autuou, tão somente, os débitos referentes às saídas das mercadorias, excluindo ou ignorando qualquer valor que poderia ter sido compensado pela Recorrente, relativo às entradas, violando o Princípio da Não Cumulatividade do ICMS. Portanto, defende que não se admita a subsistência de um Auto de Infração que já nasceu nulo, pelas razões já expostas em tópicos anteriores.

Reapresenta os argumentos pela improcedência do Auto de Infração, da exclusão integral do débito relativo ao exercício de 2011, uma vez que a própria DARC/SAT/GCRE, no resultado da diligência apresentada à fl. 355, concluiu que não havia qualquer débito de titularidade da Recorrente inscrito na Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa em 2011.

Repete todos os pedidos já formulados e reitera o pedido de provimento do Recurso Voluntário, a fim de que este CONSEF reconheça a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Em 29/05/2023, nova diligência foi determinada pela CJF a ser realizada pela INFRAZ de origem com as seguintes finalidades:

- 1) Determinar a autuante que, à vista da relação acostada pela Recorrente no Anexo 4 do seu Recurso Voluntário, verifique a autenticidade dos créditos ali descritos;
- 2) Constatando a veracidade, total ou parcial, elabore planilhas demonstrativas dos valores apurados;

3) Efetue demonstrativos comparativos entre os créditos passíveis de utilização e os valores glosados na autuação pelo uso de crédito presumido cujo direito foi impossibilitado pelo fato de estar a Recorrente com débitos inscritos na Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa, referente ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

A autuante, no cumprimento da diligência prestou informação, fl. 391, na qual afirma que após análise da documentação, verificou a autenticidade dos créditos sobre as entradas de insumos e outros, como pertinentes, constatando apenas uma pequena divergência a maior nos valores apurados pelo contribuinte nos meses de janeiro e fevereiro de 2013.

Considerando o direito que se reconhece à Recorrente de utilização destes créditos, em face da impossibilidade de utilizar-se de créditos presumidos, realizou os ajustes abatendo dos débitos originalmente lançados, os valores referentes aos créditos passíveis de utilização.

Procedido os ajustes, o valor da infração passa de R\$ 877.784,00 para R\$ 495.687,30, conforme novo demonstrativo, fl. 392.

Os autos foram redistribuídos a outro Relator em 17/04/2024 face o afastamento do então Relator.

Notificada da informação, a Recorrente se manifestou, fls. 406 a 422, na qual apresentou a retrospectiva de todos os fatos, reapresentou todos os argumentos já postos no Recurso Voluntário e seguintes manifestações acerca da improcedência e nulidade do Auto de Infração.

Por fim, aduz que em atenção ao princípio constitucional da Não Cumulatividade do ICMS, caso não sejam acolhidos os argumentos pela nulidade ou improcedência da autuação, é imperioso que esta Câmara de Julgamento acate os valores dos créditos já apurados pela INFRAZ no relatório da última diligência realizada, apresentado às fls. 391 a 395.

Declara a sua concordância com os valores apresentados pela INFRAZ RECÔNCAVO no relatório de diligência acostado às fls. 391 a 395, bem como reitera o argumento de que seja reconhecida e decretada a nulidade do presente lançamento, à luz do art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF, e da jurisprudência consolidada deste CONSEF, já que estes ilustres Julgadores não podem admitir a manutenção de um Auto de Infração que já nasceu nulo de pleno direito, uma vez que:

- i) A Auditora não apresentou, no momento da autuação, qualquer comprovação da materialidade do cometimento da infração;
- ii) O crédito tributário constituído relativo ao exercício de 2011 sequer poderia ter sido constituído, em razão da demonstrada ausência de qualquer débito inscrito na Dívida Ativa e sem exigibilidade suspensa neste período de 2011; e
- iii) Da forma como fora lavrado o Auto de Infração, sem considerar qualquer crédito fiscal decorrente das entradas das mercadorias (alternativamente ao regime especial do crédito presumido), constata-se a flagrante violação ao princípio constitucional da Não Cumulatividade do ICMS, posto que o Auto tributou tão somente os débitos referentes às saídas das mercadorias, tornando o imposto indevidamente cumulativo no lançamento realizado.

Pleiteia, na remota hipótese de não ser reconhecida a nulidade do lançamento, pela sua total improcedência e ainda, em observância ao princípio da eventualidade, caso não seja assim decidido, requer, ao menos, a exclusão integral do crédito tributário lançado relativamente ao exercício de 2011, uma vez que não havia qualquer débito de titularidade da Recorrente inscrito na Dívida Ativa e sem exigibilidade suspensa no exercício de 2011, segundo apontou a planilha de fl. 355 apresentada pela própria DARC/SAT/GCRED, em resposta à diligência, bem como requer o acolhimento dos valores dos créditos já apurados pela INFRAZ no relatório da última diligência realizada, apresentado às fls. 391 a 395.

Roga e reitera o pedido de provimento do seu Recurso Voluntário, a fim de que este CONSEF reconheça a patente nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Devido ao afastamento do Relator, os autos foram redistribuídos, passando a nossa relatoria.

VOTO

A remessa necessária dos autos à apreciação em segunda instância resultou do fato de ter sido julgada parcialmente subsistente a única infração, motivo do Recurso de Ofício tendo em vista a desoneração da exação ultrapassou o limite estabelecido no art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, restando a exigência do ICMS no montante de R\$ 1.255.196,41, acrescido de multa, motivo do Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente, no propósito de que seja:

- i) Reformada a decisão, com a declaração da nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a ausência dos elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração; ou
- ii) Reconhecida a improcedência da exação, uma vez que no momento da lavratura do Auto de Infração todos os débitos de sua titularidade já estavam quitados ou parcelados; ou
- iii) Feito o abatimento dos débitos, ora constituídos, com os créditos fiscais que a Recorrente teria direito, em razão da produção e comercialização do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e do Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), não utilizados por força da vedação imposta pelo art. 3º do Decreto nº 10.936/2008; e
- iv) Realizada diligência fiscal para confirmar todos os créditos de ICMS detidos durante o período fiscalizado, e o abatimento destes com os débitos, ora constituídos.

A acusação da Fiscalização se refere a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, apropriado pela Recorrente com base nas vendas internas e interestaduais de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) e Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC), sem preencher os requisitos previstos no art. 3º, inc. VI do Decreto nº 10.936/2008, ou seja, por possuir débito para com a Fazenda Estadual, cuja exigibilidade não estava suspensa, nos períodos autuados.

Como se vê, preliminarmente a Recorrente arguiu nulidade do lançamento com fundamento no disposto no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, por entender estarem ausentes os elementos suficientes para se determinar, com segurança o cometimento da infração e adicionalmente que “*a agente autuante, em momento algum, comprovou o efetivo cometimento da infração imputada à Recorrente, isto é, a suposta utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS pelo contribuinte detentor de débitos tributários exigíveis.*”.

O lançamento está embasado no demonstrativo fls. 37 a 60, elaborado pela autoridade administrativa competente que, tendo verificado a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do ICMS devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.

Tudo de acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional, assim como em conformidade com as disposições contidas no art. 39 do RPAF/99. Portanto, não constato prejuízo a Recorrente, considerando que a descrição dos fatos é compreensível, não houve violação ao devido processo legal, tampouco a ampla defesa e contraditório.

Ademais, a Recorrente tomou conhecimento do lançamento e entendeu perfeitamente a acusação, fato que se confirmou mediante as alegações defensivas apresentadas e a objetiva peça recursiva, nas quais atacou pontualmente questões que entendeu suficientes para elidir a infração.

Quanto a arguição da inexistência de provas que suportasse a infração, registro que a infração decorreu do fato de ter a Recorrente lançado em sua escrita fiscal créditos presumidos de ICMS, dos quais não teria direito em razão da Recorrente ser titular de débitos fiscais com o Estado, sem a exigibilidade suspensa, contrariando o disposto no art. 3º, inc. VI do Decreto nº 10.936/2008.

Como se vê, as provas reclamadas pela Recorrente seriam: **(a)** a escrita fiscal da própria; e **(b)** o registro de débitos tributários para com a Fazenda Pública Estadual, de titularidade da Recorrente, sem a exigibilidade suspensa.

Efetivamente essas provas, por si só são autoexamináveis e de conhecimento da Recorrente. A primeira, encontra-se registrada na escrita fiscal da mesma, por ela elaborada, portanto, se seu

inteiro conhecimento. A segunda, encontra-se nos registros da Dívida Ativa do Estado, os quais a Recorrente é conhecedora, vez que são débitos são de sua responsabilidade e titularidade.

São, portanto, registros e informações, de conhecimento da Recorrente, que facilmente poderiam ser apresentadas para desconstituir a infração.

Por fim, destaco que ao examinar pontualmente a defesa e o Recurso Voluntário apresentados, fica claramente demonstrado que nada restou de obscuro, impreciso ou nebuloso no Auto de Infração no qual não identifico quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, que possa justificar o acolhimento da arguição de nulidade.

Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas.

Superada a questão preliminar, passo a análise do Recurso de Ofício, que decorreu da desoneração de parte da exação, considerado pela JJF que a intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ocorreu em 07/07/2016, fl. 03, data que já havia decaído o direito da Fazenda Pública de exigir os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2011.

Lembro que a acusação decorreu de registro na escrita fiscal de créditos fiscais presumidos, portanto, operações e lançamentos disponíveis para o exame da Fazenda Pública Estadual, que teria o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN para proceder a homologação dos lançamentos, tendo em vista o ICMS é um tributo cujo lançamento ocorre na modalidade por homologação, no qual a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Considerando o entendimento pacificado neste CONSEF e consubstanciado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, ou seja: “*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.*”, ressalvando que “*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, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz*”; e

Considerando ainda o teor da Súmula nº 12 do CONSEF: “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*”, e que os fatos geradores apurados na infração ocorreram nos períodos de janeiro a maio de 2011, dezembro de 2011 a abril de 2012, dezembro de 2012 a março de 2013 e em dezembro de 2013, e que a ciência do lançamento se efetivou em 07/07/2016, a Fazenda Pública Estadual teria o prazo para constituir os créditos até 30 de junho de 2020.

Portanto para as ocorrências de janeiro a maio de 2011, se operou a decadência arguida para os valores exigidos nesse período.

Destarte, correta a decisão da 1ª JJF em acolher a arguição de decadência.

Recurso de Ofício Não Provisto.

O Recurso Voluntário diz respeito exatamente ao valor remanescente, ou seja, os valores não fulminados pela decadência, fato que indica que nenhum dos argumentos da defesa foram acolhidos pelo Relator *a quo*.

O Fisco, entendeu serem indevidos os créditos fiscais presumidos e escriturados pela Recorrente em virtude de não atenderem ao quanto estabelecido no art. 3º, inc. VI do Decreto nº 10.936/2008.

O Decreto nº 10.936/2008, que dispõe sobre o tratamento tributário nas operações com álcool etílico hidratado e anidro combustível, autoriza o lançamento de crédito fiscal do ICMS nas saídas de álcool etílico hidratado combustível - AEHC, realizadas por usina alcooleira instalada neste Estado após a vigência do Decreto, desde que por ela produzido, nos percentuais indicados (art. 1º) e o crédito fiscal do ICMS nas saídas internas e interestaduais de álcool etílico anidro combustível - AEAC, realizadas por usina alcooleira instalada neste Estado após a vigência do Decreto, desde que por ela produzido, nos percentuais estabelecidos (art. 2º).

As condicionantes para que as usinas alcooleiras instaladas neste Estado pudessem usufruir dos benefícios, estão previstas no art. 3º do citado decreto, a seguir transcrita:

Art. 3º Para fazer jus ao lançamento dos créditos fiscais previstos nos arts. 1º e 2º, o contribuinte deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - destinação anual do álcool produzido será de, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) a contribuintes localizados no Estado da Bahia; (revogado pelo Decreto nº 14.209/12, com efeitos a partir de 15/11/2012.);

II - instalação de medidores eletrônicos de vazão para controle da produção, observado o disposto no § 2º;

III - emissão de Nota Fiscal Eletrônica nas operações que realizar, em substituição à emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A;

IV - não apropriação de quaisquer outros créditos fiscais vinculados à produção de AEHC ou de AEAC ou, ainda, da geração própria de energia;

V - estorno dos créditos previstos neste Decreto não absorvidos até o final do exercício subsequente ao da sua escrituração; (revogado pelo Decreto nº 14.254/12, com efeitos a partir de 01/01/2013.);

VI - não possuir débito para com a fazenda estadual, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

VII - cumprimento das legislações trabalhista e ambiental;

VIII - celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, através da Coordenação de Petróleo e Combustíveis - COPEC. (Grifos do relator)

Em destaque, os incisos que merecem observações.

Para decidir a questão é imprescindível que se identifique se a Requerente, no período autuado, estava apta a utilizar os créditos fiscais presumidos, previsto no Decreto nº 10.936/2008 diante da eventual restrição prevista no inc. VI do art. 3º, acima transcrita.

De forma mais direta, importa em constatar ou não, se a Recorrente, neste período era detentora de débito para com a Fazenda Estadual, cuja exigibilidade não estava suspensa.

Inicialmente observo que o Código Tributário Nacional, especifica no art. 151, as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, *verbis*.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lei Complementar nº 104/2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lei Complementar nº 104/2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórios dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

A Recorrente é contribuinte do ICMS, estabelecida na Bahia, constituída como uma sociedade anônima fechada, inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal, explora a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 1071-6/00 - Fabricação de açúcar em bruto, dentre outras secundárias como fabricação de açúcar de cana refinado e de álcool.

Registro que, no período fiscalizado, época dos fatos geradores que ensejaram a infração apurada, estava usufruindo dos benefícios do Decreto nº 10.936/2008, mediante assinatura de Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda, com fundamento no Parecer da COPEC nº 8960/2010, firmado em 26/05/2010 entre a Recorrente e SEFAZ, representado pelo responsável pela Coordenação de Petróleo e Combustíveis – COPEC.

No Termo de Acordo, a Recorrente declarou conhecer e concordar com as condicionantes ao usufruto do benefício, explicitados no citado termo, que são as exigências previstas no Decreto nº 10.936/2008, declarando ao final que:

“Cláusula quarta. As partes firmam o presente Termo de Acordo, elaborado com base no Decreto nº 10.936/2008, observadas as modificações nele introduzidas pelos Decretos nº 11.567/2009 e nº 11.635/2009, retroagindo os seus efeitos para admissão dos créditos fiscais decorrentes das operações realizadas a partir de 1º de julho de 2009. “.

O termo assinado prevê que:

“Nas operações de vendas de álcool etílico hidratado combustível - AEHC e de álcool etílico anidro combustível - AEAC, a ACORDANTE, com unidade de produção localizada fora da região do semiárido do Estado da Bahia, poderá apropriar na sua escrita fiscal do ICMS o crédito fiscal previsto no inciso II do artigo 1º e no inciso II do artigo 2º, ambos do Decreto nº 10.936/2008, nos seguintes percentuais:

I - 11,5% (onze e meio por cento) e 4,5% (quatro e meio por cento) sobre o valor da base de cálculo da operação, nas vendas internas e interestaduais, respectivamente, de AEHC;

II - 12% (doze por cento) sobre o valor da saída de AEAC. “ (Cláusula primeira).

Do exposto, o deslinde da lide, resume-se a observar se as condições identificadas pela Fiscalização, qual seja: os requisitos previstos no inc. VI, do art. 3º do Decreto nº 10.936/2008, estavam atendidas ou não.

Portanto, trata-se de questão de prova, cuja fonte são os registros de débitos tributários contra a Recorrente de iniciativa da Administração Tributária, motivo pelo qual esta 1ª CJF converteu os autos em diligências à Diretoria de Controle da Arrecadação, Crédito Tributário e Cobrança – DARC para identificar se a Recorrente não tinha débitos com a Fazenda Pública Estadual e se fosse titular de débitos, se estes estavam ou não com a exigibilidade suspensa na forma do art. 151 do CTN.

Registro que a instância não podia ser mais apropriada, tendo em vista que a atribuição legal da DARC é, através da Gerência de Controle do Crédito Tributário – GCRED, gerir o Sistema de Controle do Crédito Tributário e pela Gerência de Cobrança do Crédito Tributário – GECOB, gerir a cobrança administrativa dos créditos tributários, inclusive inscritos em Dívida Ativa, monitorando a eficiência e a eficácia das ações, empreendendo esforços contínuos para a sua melhoria e gerir as atividades relativas à administração da Dívida Ativa tributária, inclusive sua inscrição – Decreto nº 22.260/2023, que aprova o Regimento da Secretaria da Fazenda.

A DARC, em resposta à diligência, anexou aos autos relatórios do Sistema SIGAT, planilha com a indicação dos processos em nome da Recorrente, fl. 355, especificando a situação de cada um e as datas de ocorrências na época dos fatos geradores.

Fazendo a superposição dos períodos de ocorrências dos fatos geradores autuados, remanescentes com a existência de débitos da Recorrente para com a Fazenda Estadual, sem a exigibilidade suspensa, segue demonstrada a seguir.

Período da Ocorrência do Fato Gerador	Existe Débito com a Fazenda Estadual?	Situação no período	Observação
01/12/2011	31/12/2011	Não	-
01/01/2012	31/01/2012	Sim. PAF nº 2691820004114 Sim. PAF nº 8500000396120	Inscrito na Dívida Ativa. Inscrito na Dívida Ativa.
01/02/2012	29/02/2012	Sim. PAF nº 2691820004114 Sim. PAF nº 8500000396120	Inscrito na Dívida Ativa. Inscrito na Dívida Ativa.
01/03/2012	31/03/2012	Sim. PAF nº 2691820004114 Sim. PAF nº 8500000396120	Inscrito na Dívida Ativa. Inscrito na Dívida Ativa.
01/04/2012	30/04/2012	Sim. PAF nº 2691820004114	Inscrito na Dívida Ativa.

		Sim. PAF nº 8500000396120	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 10/08/2012
01/12/2012	31/12/2012	Sim. PAF nº 2691820003118	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 15/12/2015
01/01/2013	31/01/2013	Sim. PAF nº 8500005142127	Inscrito na Dívida Ativa.	Parcelado em 12/07/2016
01/02/2013	28/02/2013	Sim. PAF nº 8500005142127	Inscrito na Dívida Ativa.	Parcelado em 12/07/2016
01/03/2013	31/03/2013	Sim. PAF nº 8500005142127	Inscrito na Dívida Ativa.	Parcelado em 12/07/2016
01/12/2013	31/12/2013	Sim. PAF nº 8500004141135.	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 25/07/2016
		Sim. PAF nº 2691820004114	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 15/08/2012
		Sim. PAF nº 8500004023132	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 25/07/2011
		Sim. PAF nº 8500001323135	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 16/12/2015
		Sim. PAF nº 8500002534130	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 27/10/2015
		Sim. PAF nº 8500000396120	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 10/08/2012
		Sim. PAF nº 2691820003118	Inscrito na Dívida Ativa.	Quitado em 15/12/2015

Instado a responder o questionamento desta CJF posto na diligência de 18/02/2020, o Coordenador da Gerência de Consultas e Orientação da Legislação Tributária – GECOT da Diretoria de Tributação no quesito: “É direito da Recorrente, em caso de glosa dos créditos presumidos determinados pelo Termo de Acordo, a utilização dos créditos normais pelas entradas de insumos e créditos outros em suas operações?”, assim respondeu: “(...) a opção do crédito presumido previsto no Decreto nº 10.936/2008 ocorre como uma medida alternativa aos créditos convencionais, visando unicamente preservar o princípio da não cumulatividade do imposto, seguindo uma metodologia alternativa. Nesta hipótese, a Administração Tributária oferece o crédito presumido ao contribuinte como uma opção, mediante a celebração de Termo de Acordo, no lugar da apropriação do crédito de forma convencional, cabendo a ele renunciar todos os demais créditos a que teria direito pela entrada de mercadorias ou serviços. É uma forma simplificada de mensurar o montante do crédito, aplicando-se no um percentual sobre a base de cálculo e valor da operação.

Diante da impossibilidade da utilização dos créditos presumidos, e preservando o princípio da não cumulatividade do ICMS, a recorrente poderá utilizar os créditos fiscais utilizando o sistema normal de débito e crédito, e poderá utilizar quaisquer outros créditos vinculados à sua produção”. (Grifos do relator)

Tal entendimento, com o qual concordo, visa exatamente preservar o direito do contribuinte a se apropriar dos créditos regulares e a que direito, quando impedido de utilizar os créditos presumidos previstos no Decreto nº 10.936/2008, em observância ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Esta conclusão da GECOT/DITRI, inclusive, motivou a diligência requerida pela 1ª CJF em 29/05/2023, dirigida a autuante para que: *(i)* verificasse a autenticidade dos créditos descritos pela Recorrente no Anexo 4 do Recurso Voluntário; *(ii)* se constatada a veracidade, total ou parcial dos créditos, elaborasse planilhas demonstrativas dos valores apurados; e *(iii)* elaborasse demonstrativos comparativos entre os créditos passíveis de utilização e os valores glosados na autuação pelo uso de crédito presumido, cujo direito foi impossibilitado pelo fato de estar a Recorrente com débitos inscritos na Dívida Ativa, sem exigibilidade suspensa, referente ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

No cumprimento da diligência, a autuante declarou que verificou a autenticidade dos créditos sobre as entradas de insumos e considerando o direito da Recorrente de utilizar tais créditos, face a impossibilidade de fazer uso do crédito presumido, realizou os ajustes com o abatimento dos débitos originalmente lançados com os valores de créditos passíveis de apropriação.

Como resultado, demonstrado às fls. 392 a 395, a autuante concluiu que o valor da infração é R\$ 495.687,30, conforme demonstrativo:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/12/2011	0,00
31/01/2012	70.762,04
29/02/2012	6.888,10
31/03/2012	43.528,82
30/04/2012	125.107,48
31/12/2012	123.008,14
31/01/2013	34.491,36
28/02/2013	91.901,36

31/03/2013	0,00
31/12/2013	0,00
TOTAL	495.687,30

Importante pontuar que a diligência não se referiu ao período de 01/12/2011 a 31/12/2011, contudo, conforme informou a DARC, neste período a Recorrente não tinha débitos para com a Fazenda Estadual, sem a exigibilidade suspensa. Dessa forma, a acusação não persiste para este período.

Em sua última manifestação, a Recorrente, apesar de renovar seus pedidos de nulidade e improcedência do Auto de Infração, declarou textualmente, fl. 421, que “(...) *manifesta a sua concordância com os valores apresentados pela INFRAZ RECÔNCAVO no relatório de diligência acostado às fls. 391 a 395, (...)*”, e requer que “(...) *em atenção ao princípio constitucional da Não Cumulatividade do ICMS, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriores pela nulidade ou improcedência da autuação, é imperioso que esta Câmara de Julgamento acate os valores dos créditos já apurados pela INFRAZ no relatório da última diligência realizada, apresentado às fls. 391 a 395*”.

Acolho a revisão procedida pela autuante e diante de tudo relatado, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295309.3007/16-6, lavrado contra **UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 495.687,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS