

A. I. Nº - 281508.0001/16-5  
AUTUADO - ATACADÃO S.A.  
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO  
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/11/2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0189-01/16**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO. O Decreto nº 14.213/12 veda o uso de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 31/03/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$995.312,21 em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos (01.02.23), ocorrido no mês de dezembro de 2012 e nos meses de janeiro a dezembro de 2013, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa informando que trata-se da utilização de créditos fiscais do ICMS a maior nas aquisições de mercadorias oriundas dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba sem observância dos limites de créditos fiscais do ICMS admitidos no Decreto nº 14.213/12.

O autuado apresentou defesa das fls. 110 a 125, demonstrando a tempestividade da apresentação da defesa. Contesta parte das notas fiscais que foram objeto da autuação por suposto crédito indevido em razão de se referirem a devolução de mercadorias, conforme relação na planilha anexadas das fls. 153 a 156, afirmando que não foram apropriados os créditos fiscais das referidas notas.

Em relação às demais operações objeto de autuação, o autuado entende que é evidente seu direito à manutenção integral dos créditos de ICMS, tendo em vista o princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88. Por esse motivo, conclui que as disposições do Decreto Estadual nº 14.213/12, ao vedar expressamente o direito aos créditos de ICMS nas hipóteses de aquisição de mercadorias de determinados Estados da Federação ofendem a Constituição Federal e, por esse motivo, devem ser afastadas.

Argumenta, ainda, que a jurisprudência do STF, inclusive com manifestação do Tribunal Pleno, reconhece expressamente as hipóteses de isenção e não-incidência como únicas possibilidades de vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS, em atenção ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Assim, considera qualquer outra vedação aos créditos de ICMS, como na hipótese de se impedir a tomada de créditos em aquisição de mercadorias beneficiadas por supostos incentivos fiscais inválidos ou determinação no sentido de realizar a sua glosa/estorno – como pretendeu o Decreto Estadual nº 14.213/2012 - inconstitucional e ilegal.

Cita decisão do STJ determinando que o direito ao crédito do imposto estadual é assegurado pela CF/88 em decorrência do princípio da não-cumulatividade do ICMS e independe do efetivo pagamento do imposto pelo vendedor, estando exclusivamente atrelado à incidência do imposto.

O autuado conclui que agiu de acordo com as normas constitucionais e legais ao proceder ao crédito integral do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas por seus fornecedores localizados

nos Estado do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, não merecendo prosperar a exigência fiscal. Comenta que a fiscalização estadual se utilizou de via inadequada e inadmissível para discutir incentivos fiscais concedidos pelos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba. Entende que esta questão deve ser discutida perante o STJ ou STF, nos exatos termos do artigo 102, inciso I, ‘f’, da CF/1988.

Desta forma, o autuado conclui que, até que a constitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos aos fornecedores seja apreciado no Supremo Tribunal, o Estado que se sentir prejudicado deverá observar o ato normativo que considera ilegal, inclusive em vista da presunção de legalidade que o informa, não podendo obstar a aplicabilidade de tal ato unilateralmente, por qualquer meio e sob o argumento que for.

O autuado apresenta decisões do STF que garante ao contribuinte o direito à manutenção integral dos créditos do ICMS nas hipóteses de operações interestaduais provenientes de Estados que concedem benefícios fiscais, em respeito a não-cumulatividade do imposto estadual e dada a inadequação dos meios utilizados unilateralmente pelos Estados para questionar tais benefícios.

O autuado conclui reiterando o posicionamento da jurisprudência dos mais altos tribunais de nosso país, no sentido de que a glosa de créditos de ICMS relativos a operações com mercadorias provenientes de Estados cujas legislações preveem incentivos fiscais é inconstitucional e ilegal, não merecendo prosperar.

O autuado considera a multa aplicada totalmente desproporcional. Informa que o STF decidiu que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e que é abusiva a multa de 60%. Assim, requer que seja afastada a multa aplicada de 60% do valor do suposto imposto devido, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF/88, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Por fim, o autuado requer que o presente auto de infração seja cancelado pelos seguintes motivos:

1. parte das operações autuadas referem-se a notas fiscais de devolução de mercadorias do autuado para os seus fornecedores, não havendo que se falar em crédito indevido do imposto e necessidade de glosa;
2. por força do princípio da não-cumulatividade do ICMS, o autuado tem o direito de se creditar integralmente do valor do imposto incidente na aquisição de mercadorias de seus fornecedores de outros Estados, sendo irrelevante saber se o imposto destacado foi ou não recolhido integralmente ao Estado de origem. Tal direito de crédito está amparado na CF/88 e, portanto, não pode ser vedado por decreto, no caso o Decreto Estadual nº 14.213/2012;
3. o Estado da Bahia não pode se voltar contra os contribuintes baianos que adquirem mercadorias de empresas localizadas em outros Estados, punindo-os pela presunção de que seus fornecedores utilizaram-se de benefícios fiscais e pelo simples fato de exercerem um direito legítimo de aproveitar créditos de ICMS quando da realização de operações de circulação de mercadorias. As operações efetivamente ocorreram, foram escrituradas e o imposto foi destacado nas notas fiscais de seu fornecedor. É inequívoco, portanto, o direito ao crédito do imposto; e
4. a jurisprudência tem reiteradamente afastado a glosa de créditos de ICMS nos casos em que os Estados entendem ilegais determinados incentivos fiscais concedidos sem respaldo em Convênio do CONFAN, afirmando que os Estados devem discutir o tema em sede de ADI ao invés de penalizar seus próprios contribuintes.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 170 a 173, esclarecendo que ao lavrar o auto de infração já excluiu todos os valores do ICMS constantes das notas fiscais de devolução, relacionadas com as operações autuadas, conforme pode ser verificado nas planilhas de folhas 07/50, que ao totalizar os valores mensais dos créditos apropriados, fez constar a dedução dos valores do ICMS relativos às mercadorias devolvidas. Isto pode ser verificado às folhas 14, 17, 20,

24, 28, 30, 33, 37, 41, 44, 46, 50. Informa que as notas fiscais, denominadas pelo autuado de documento de nº 8, estão todas relacionadas nas planilhas de folhas 51/57. As Notas Fiscais de nºs 407708, 402244 e 409080, foram relacionadas à folha 51; as Notas Fiscais de nºs 436646, 450911 e 451822, foram listadas na folha 52; a Nota Fiscal de nº 530947 encontra-se na folha 54; as Notas Fiscais de nºs 588240 e 588277 residem à folha 55; e as de nºs 631644 e 651, constam da folha 56, de modo que as exclusões de créditos decorrentes das devoluções de mercadorias já foram efetuadas.

Em relação à constitucionalidade e ilegalidade da glosa de créditos do ICMS, o autuante ressalta que os questionamentos estão ocorrendo no âmbito do processo administrativo fiscal, o que não comporta exame de matéria de ordem constitucional.

O autuante observa que o auto de infração está baseado nos procedimentos para aproveitamento de créditos do ICMS, estabelecidos no Decreto nº 14.213/2012, ato editado pelo Governador do Estado da Bahia, estando, portanto, em consonância com a legislação tributária do Estado da Bahia, de modo que deve ser mantida na sua íntegra.

O autuante lembra que a multa aplicada tem previsão no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto está na conformidade da legislação tributária a qual o auditor fiscal é plenamente vinculado, de modo que deve a mesma ser mantida.

O autuante conclui afirmando que o auto de infração foi lavrado em conformidade com o Decreto nº 14.213/12, parte integrante da legislação tributária do Estado da Bahia, de maneira que a defesa do autuado deve ser rejeitada, julgando Procedente o auto de infração.

## VOTO

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.

Afastamos toda discussão acerca da constitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No mérito, a autuação decorre da utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Em consonância com o disposto na lei complementar, o Decreto nº 14.213/12 tratou da vedação de créditos fiscais, identificando em seu anexo único as mercadorias, por Estado de origem, com os respectivos percentuais de crédito admitidos pelo Estado da Bahia. Assim, a admissibilidade do crédito fiscal pelo Estado da Bahia está adstrita ao valor do ICMS efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

Não procede a argumentação do autuado de que consta na exigência fiscal estorno de créditos decorrentes de devolução de mercadorias por ele vendidas. A relação anexada das fls. 153 a 156 corresponde à planilha apresentada pelo autuante das fls. 51 a 57, em que ele calculou os créditos decorrentes de devolução de mercadorias vendidas, cujo total foi transportado para o demonstrativo de débito (fls. 07 a 50) para abatimento na apuração do valor devido, conforme linha denominada “ICMS estornável mercadorias devolvidas”, na última linha de totalização de cada período de apuração.

Convém destacar que a matéria em questão tem sido recorrente no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão CJF nº 0177-11/15.

Os créditos glosados no presente auto de infração decorrem das remessas constantes em notas fiscais emitidas por fornecedores do autuado, localizados nos Estados do Espírito Santo, Goiás,

Minas Gerais e Paraíba, e foram observados os limites de admissibilidade de uso do crédito para cada mercadoria, nos termos do Anexo único do Decreto nº 14.213/12.

Desse modo, como não ficou comprovado pelo autuado que o valor do imposto foi efetivamente cobrado no Estado de origem das mercadorias, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2815080001/16-5**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$995.312,21**, acrescido de multa 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR