

A. I. Nº - 271351.0015/17-1
AUTUADO - J.R. COMERCIO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA.
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/01/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-03/18

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. FALTA DE COMPROVANTE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações de aquisições interestaduais de café cru o crédito do imposto somente será admitido à vista dos respectivos documentos fiscais e de arrecadação. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de decadência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$179.023,55, acrescido da multa de 60%, sob a seguinte acusação: Infração 01 - 01.02.22. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto, nos meses de junho, setembro, novembro e dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, maio e novembro de 2014.

Consta como Complemento: “*Infração referente à utilização indevida de crédito fiscal destacado em diversas notas fiscais de entrada interestadual de café cru em grãos beneficiado, oriundas dos estados de Minas Gerais, Espírito Santo e São Paulo, desacompanhadas de documento de arrecadação ou acompanhadas de documento de arrecadação no valor de apenas R\$10,00 (dez reais), constantes da Planilha 01, anexa. Apesar de regularmente intimado a apresentar os comprovantes de arrecadação referentes ao total do ICMS destacado nestas aquisições interestaduais (cópia anexa), o contribuinte informou que só possuía os referidos comprovantes - DAEs de R\$ 10,00 (dez reais). O contribuinte em tela possuía crédito fiscal acumulado, sendo necessária a verificação da repercussão desta infração na obrigação principal. Refizemos, assim, o conta corrente e a apuração mensal do ICMS, demonstrada na Planilha 03, anexa. Nos meses onde houve repercussão na obrigação principal, tais créditos indevidos estão discriminados na coluna CrédIndev1 da Planilha 05, também anexa a este PAF. O contribuinte infringiu, assim, além dos artigos acima citados, os incisos III e IV do artigo 369 do Decreto nº 13.780/2012 - RICMS-BA e o § 2º da cláusula segunda do Convênio ICMS 71/90*”.

O Autuado impugna através de peça defensiva acostada às fls. 74 a 100, inicialmente, suscita preliminar de decadência de parte dos créditos tributários utilizados no levantamento fiscal. Destaca que a fiscalização refez o Conta Corrente para efetuar o levantamento dos valores do ICMS entre os períodos de jan/2012 a dez/2016, considerando como crédito indevido valores que não ensejariam direito a crédito.

Explica que as competências de 31/01/2012 a 31/10/2012, o reconhecimento de tais períodos foram alcançados pela decadência, não podendo ser incluído pela Fiscalização neste levantamento, devendo os valores tidos como indevidos serem excluídos do demonstrativo fiscal. Informa que tomou ciência do presente Auto de Infração em 09/10/2017, sendo que a partir daí é que se constitui o processo, seja ele administrativo ou judicial, momento a partir do qual se estabelecem as formalidades da relação jurídica derivada da existência de determinada lide. Logo, sustenta que a data de 09/10/2017 como marco de contagem do prazo decadencial, fica estabelecido o mês

de novembro de 2012 como o período limite da possibilidade da Fiscalização refazer a escrita fiscal, estando impossibilitada, em função da decadência, de realizar quaisquer movimentações em períodos anteriores a este.

Assinala que o saldo credor de partida para refazimento da escrita fiscal deveria ser aquele atualmente informado na DMA em novembro de 2012, o que significa que os valores lançados pelo fisco, como sendo '*créditos indevidos*' nos meses de janeiro, março, abril, maio e junho de 2012, devem ser expurgados, causando um reflexo em todo o demonstrativo, já que, ao retirar tais valores do levantamento fiscal, o saldo credor de partida, relativo a novembro de 2012, será acrescido em R\$143.825,58, que são justamente os valores tidos como indevidos nos meses compreendidos entre janeiro e junho de 2012.

Assevera que se o saldo credor inicial, ponto de partida para o levantamento fiscal, será acrescido em R\$143.825,58, significa dizer que os meses autuados relativos aos períodos de junho, setembro, novembro e dezembro de 2013 e mais janeiro e parte de fevereiro de 2014, foram absorvidos pelo saldo credor existente, não devendo, portanto, compor o presente lançamento.

Ressalta que no levantamento fiscal, a inclusão dos valores alcançados pela decadência causam no total cobrado no auto de infração, devendo, portanto, esse egrégio órgão julgado, após o seu convencimento sobre o alegado, determinar a imediata correção do demonstrativo através da designação de diligência fiscal. Reproduz a aplicação do disposto no §4º, do art. 150, do CTN.

Registra que foi autuada pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, daí porque deve ser aplicável a Súmula Vinculante nº 08 do STF (reproduz), que a despeito consigna a hipótese referente a "pagamento a menor de imposto", deve também ser estendida às hipóteses em que retratam apropriação indevida de crédito fiscal.

Afirma que deve ser considerado o instituto da decadência na movimentação realizada pelo fisco nos meses de janeiro a outubro de 2012, o que repercutiu na cobrança indevida dos valores relativos aos períodos de junho, setembro, novembro e dezembro de 2013 e mais janeiro e parte de fevereiro de 2014, constantes neste auto de infração.

Apresenta em anexo (DOC.3) o entendimento atual, a respeito da decadência, das duas câmaras de julgamento deste CONSEF, através da disponibilização de dois acórdãos, um de cada turma, onde restará claramente demonstrado que os argumentos apresentados pela Impugnante encontram-se em consonância com o entendimento atual das câmaras de julgamento do CONSEF sobre o tema. Tratam-se dos Acórdãos nºs 0304-11/16, da 1ª CJF e 0298-12/17, da 2ª CJF.

Requer que seja decretada a decadência parcial, o que gerou uma cobrança indevida dos períodos de junho, setembro, novembro e dezembro de 2013 e mais janeiro e parte de fevereiro de 2014. Acrescenta que caso seja necessária à elaboração de um novo levantamento fiscal, requer o encaminhamento do PAF para que a ASTEC possa realizar essa diligência fiscal.

Suscita a nulidade do lançamento tributário. Menciona que ao analisar o enquadramento legal apontado no Auto de Infração, percebe-se que os dispositivos legais ali mencionados não se referem à situação fática verificada na autuação. Observa que foram citados dispositivos gerais da legislação tributária estadual, sem nenhuma especificidade com o tema, como, por exemplo, o art. 286, §2º e o art. 332, do RICMS-BA/2012, além do art. 7º, §2º, da Lei nº 7.014/96. Frisa que nenhum destes trata especificamente sobre as operações de aquisições interestaduais de café cru em grãos.

Destaca que a circulação de café cru em grãos no território nacional é assunto que possui uma vasta e específica legislação, contemplando os diversos aspectos e particularidades que envolvem tais operações, sobretudo aquelas decorrentes de aquisições interestaduais deste produto.

Registra que as principais normas que regem a matéria, fundamentais para o seu profundo entendimento, não foram devidamente utilizadas pelo fisco para embasar a autuação, o que causa dúvidas acerca do seu conhecimento específico sobre o segmento que o tema exige.

Cita como exemplo desta omissão o Convênio ICMS 71/90, que estabelece a disciplina de controle da circulação de café cru no território nacional, onde a Bahia e os demais estados citados na presente autuação fazem parte. Transcreve o art. 369, do RICMS-BA/12, que dispõe especificamente sobre a circulação do café cru, tanto nas saídas do estado quanto nas entradas, traz, no seu inciso V, uma menção específica ao estado de Minas Gerais, estado de onde se originaram as mais relevantes operações com café cru constantes na presente infração.

Verifica que existe uma previsão expressa que dispõe que o Estado da Bahia - leia-se SEFAZ Bahia - poderia solicitar ao estado de Minas Gerais todas as informações relativas às operações sob suspeita de ausência de recolhimento, procedimento que estranhamente não ocorreu no curso da ação fiscal, e que, caso ocorresse, certamente legitimariam as operações, já que não houve qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

Salienta que a falta de cumprimento do roteiro de fiscalização descrito no inciso V, do art. 369, dá causa a nulidade do lançamento, pois, a sua omissão faz com que a infração tenha sido lavrada por mera presunção do agente fiscal, já que a própria legislação baiana prevê a possibilidade de haver a comunicação entre os fiscos baiano e mineiro, determinando a este último a obrigação de fornecer documentos necessários à verificação da legitimidade das operações.

Friza que a expressão '*fornecerá, sempre que solicitado*', descrita no dispositivo legal acima mencionado, já determina a natureza de obrigatoriedade do fornecimento das informações, do contrário, se fosse meramente facultativo, o texto legal teria mencionado a expressão "*poderá fornecer, sempre que solicitado*".

Ressalta que, se existe suspeita acerca da falta de recolhimento do ICMS a favor de Minas Gerais nas vendas de café cru deste estado para a Bahia, o mais indicado e previsto na legislação é obter do fisco mineiro a informação acerca da legalidade das operações, procedimento não realizado pela Fiscalização e o que compromete o resultado da ação fiscal.

Aduz que estas considerações não são feitas sem uma razão, pois o princípio da verdade material deve nortear, tanto as ações fiscais, quanto os julgamentos realizados pelo CONSEF, conforme consta no RPAF, de onde se aduz que se deve, sempre, esgotar todos os meios e recursos cabíveis para a apreciação da verdade do direito alegado pelo contribuinte.

Menciona que a finalidade do processo administrativo diverge da finalidade do processo judicial, onde o que se preza é a segurança jurídica, razão pela qual o juiz deve se limitar apenas ao que está posto na lide e provado nos autos. No processo administrativo o administrador não se encontra limitado ao que está posto nos autos, porque a finalidade é a observância e o controle da legalidade dos atos da Administração, razão pela qual não pode se contentar apenas com as provas trazidas aos autos.

Acrescenta frisando que, só poderá saber se um ato é legal ou se um tributo é devido conhecendo-se, em sua total extensão, todos os fatos relacionados ao fato imponível. Diz ser este mais um fundamento para a aplicação do princípio da verdade material. Logo, deste princípio decorre que a Autoridade Fiscal, quando da promoção ou anulação de lançamento deverá se ater à busca da verdade material, ou seja, só deve proceder ao lançamento quando verificar a ocorrência de fato oponível, podendo (e devendo) impulsionar de ofício o procedimento administrativo.

Assinala não serem os fiscais infalíveis, sendo que, por mais treinados e experientes que sejam, não estão livres de recair em erro. Afirma que erro não pode prejudicar o contribuinte cumpridor de suas obrigações. Foi o que ocorreu no presente caso, onde houve uma precipitação na conclusão de que as aquisições de café cru em grãos, oriundas de Minas Gerais teriam ocorrido

de forma irregular, onde o simples cumprimento do roteiro de fiscalização descrito no inciso V, do art. 369, do RICMS-BA seria suficiente para dar às operações realizadas a legitimidade que efetivamente se verificou em tais operações.

Requer que seja declarada a nulidade da autuação, pela falta de verificação e cumprimento, por parte da Fiscalização, do principal item de observância da presente ação fiscal, qual seja, a solicitação ao fisco mineiro das informações acerca da legalidade das operações, o que resultou, em virtude dessa omissão, a preterição do direito de defesa, já que é facultado unicamente ao fisco baiano, e não ao contribuinte, realizar a referida solicitação ao fisco mineiro.

Reitera que sendo declarada a improcedência da infração, conforme disposto no parágrafo único do art. 155, do RPAF-BA/99, a nulidade aqui pleiteada deve ser ultrapassada.

Alega improcedência do lançamento por falta de previsão legal para autuação. Observa que o próprio Autuante juntou aos autos o demonstrativo - *Planilha 01* - que indica as notas fiscais de aquisições de café cru em grãos provenientes de Minas Gerais, Espírito Santo e São Paulo, citando as respectivas datas de entradas, CPNJ do fornecedor e o destaque do ICMS devido em cada operação.

Diz que, apesar de todas as notas fiscais que serviram de base para a autuação serem idôneas (do contrário, haveria a indicação da Fiscalização), além de terem sido corretamente preenchidas, a glosa dos créditos ocorreu em decorrência do entendimento do ilustre fiscal autuante de que não há comprovação de que o imposto tenha sido recolhido aos estados de origem, e, portanto, o imposto destacado nos referidos documentos não poderia ter sido objeto de creditamento.

Salienta que tal entendimento não encontra o mínimo amparo na legislação do ICMS. Assinala que o fato de a comprovação do pagamento do imposto não ter sido apresentado não implica atribuição de responsabilidade, na condição de adquirente das mercadorias, pelo recolhimento do imposto às unidades da Federação de onde saíram as mercadorias e nem tampouco na glosa do crédito lançado decorrente destas aquisições, em virtude do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Registra que este princípio reza que, para se efetivar a não cumulatividade, exige-se a incidência do imposto na operação, e não a prova do seu recolhimento, ou seja, a regra constitucional apenas exige para sua aplicabilidade, que o contribuinte, ao dar saída no seu produto compense o valor cobrado na etapa anterior com o valor devido sobre o preço na saída do produto, e não sobre o valor recolhido. A expressão valor cobrado a que alude o texto constitucional deve ser entendido como valor lançado ou destacado, podendo até implicar não recolhimento do imposto destacado pelo contribuinte, a depender do seu Conta Corrente.

Afirma ser indubioso que o princípio da não-cumulatividade, previsto na CF/88 de 1988 e repetido tanto na Lei Complementar nº 87/96 quanto na legislação estadual baiana (Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS-BA/12), deve ser obedecido, tanto pelos contribuintes como pelo Fisco, por se tratar de uma obrigatoriedade imposta pela CF/88, o que neste sentido, a previsão constitucional, contida no §2º do inciso I, do art. 155, é cristalina quando determina que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Registra que o legislador constitucional não diz que se abateria o montante pago, mas sim, de forma bastante clara, o valor cobrado nas operações anteriores. Não pode, portanto, o poder executivo, representado pela Secretaria da Fazenda de Estado, criar regras infraconstitucionais para exigir imposto sem o devido amparo na CF/88.

Sustenta que a não existência de prova do recolhimento do ICMS ao sujeito ativo (Estados de Minas Gerais, Espírito Santo e São Paulo) da relação jurídica tributária instaurada com a aquisição efetuada, não autoriza o Fisco baiano a exigir-lo via glosa do crédito lançado na escrita fiscal. Primeiro, por não ser o Estado da Bahia o sujeito ativo desta relação, e, segundo, porque a

regra constitucional da não-cumulatividade, como já dito anteriormente, apenas exige para sua aplicabilidade, que o contribuinte, ao dar saída no seu produto compense o valor cobrado na etapa anterior com o valor devido sobre o preço na saída do produto, independente do imposto destacado na etapa anterior ter sido efetivamente recolhido ao seu estado de origem.

Cita como exemplo, indagando que se ao adquirir material de embalagem de São Paulo, o fisco baiano só admitisse o crédito do ICMS pelo adquirente na hipótese do fornecedor da embalagem ter recolhido o ICMS ao estado de São Paulo, seria uma hipótese totalmente absurda.

Assevera ser insubstancial a exigência fiscal, pois o destaque do imposto devido à unidade Federada onde se iniciou a prestação do serviço nas respectivas notas fiscais por si só legitima o direito ao crédito fiscal, desde quando não há prova que tais operações foram fictícias, visto que o fisco não fez acompanhar qualquer indício neste sentido, no qual os procedimentos adotados estão de acordo com o Convênio ICMS 71/90, que disciplinam o controle da circulação do café cru no território nacional (as disposições do referido convênio serão tratadas mais adiante).

Apresenta em anexo (DOC. 4) cópia do Acórdão nº 0288-11/11, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o fito de demonstrar que seu entendimento encontra-se em consonância com o teor do referido acórdão.

Requer a improcedência do auto de infração.

Diz ainda, ser improcedente o Auto de Infração devido à legalidade das aquisições interestaduais de café cru em grãos realizadas nos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e São Paulo. Explica que ao contrário da Fiscalização, as operações de aquisições de café cru em grãos realizadas com os Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e São Paulo foram realizadas seguindo estritamente o disposto na legislação tributária de cada Estado de origem, não ensejando falta de recolhimento do ICMS para nenhuma desses estados.

Friza que essa comprovação da regularidade fiscal com cada Estado a seguir demonstrada apenas reforçaria o entendimento exarado no tópico anterior dessa impugnação, quanto ao princípio da não cumulatividade, legitimando o uso do crédito fiscal.

Reproduz o teor do Convênio ICMS 71/90, para revelar que o Estado do Espírito Santo, desde 05/01/10, através do Convênio ICMS 109/09 foi excluído das operações de aquisições de café cru em grãos. Esclarece que com essa exclusão, os contribuintes do Estado do Espírito Santo não estão, desde 05/01/10, obrigados a pagar o ICMS mediante guia própria, da forma descrita no Convênio ICMS 71/90, antes de iniciada a venda ou remessa para a Bahia. Registra que as operações realizadas com o Estado do Espírito Santo ocorreram após essa data.

Salienta que não sendo exigido o pagamento antecipado do ICMS, o único documento obrigatório para admissão do crédito fiscal seria a própria nota fiscal de venda interestadual de café cru em grãos, tal qual preceitua o art. 369, inciso IV, do RICMS-BA/12. Sendo essa idônea, do contrário haveria a sinalização do fisco no presente auto, não há que se falar em glosa do crédito fiscal.

Sustenta não restar dúvidas acerca do alegado, apresenta em anexo (DOC.5) cópia do Acórdão JJF nº 0119-05/15, que cuida justamente dessa questão, a entrada de café cru em grãos do Espírito Santo, onde verifica-se que, em decisão unânime do colegiado, a referida cobrança é improcedente, não deixando de frisar que, ainda que o Espírito Santo fizesse parte do Convênio, o imposto seria devido ao estado de origem, não cabendo glosa de créditos por parte do fisco baiano.

Requer que seja declarada a legalidade das aquisições de café cru em grãos, realizadas junto a seus fornecedores situados no Espírito Santo, anulando, em consequência, o lançamento fiscal.

Para o Estado de Minas Gerais, transcreve o art. 369, inciso V, do RICMS-BA/12, que traz uma disposição expressa sobre a circulação do café cru em operações realizadas com o estado de Minas Gerais, tanto nas operações de saídas, quanto de entradas entre os dois estados.

Destaca que o fisco baiano não solicitou ao estado de Minas Gerais as informações relativas à legitimidade da operação, mesmo existindo previsão expressa nesse sentido, o que resultou na presente infração. Deste fato, de que o fisco baiano não evidiou o mínimo esforço necessário para buscar a verdade material dos fatos, que seria, por exemplo, uma circularização ao fisco mineiro questionando a legalidade das operações, não resta alternativa senão a de buscar demonstrar que as aquisições de café cru em grãos ocorreram sem o descumprimento de nenhuma norma legal existente na legislação mineira.

Diz que a regularidade das operações a ser demonstrada se dará mediante a simples análise das normas legais que tratam das saídas de café cru em grãos de Minas Gerais, conforme o Convênio ICMS 71/90 - 2ª Cláusula, §1º a §4º, onde tanto Bahia quanto Minas Gerais são Estados signatários, ao tratar do pagamento do ICMS nas saídas interestaduais.

Aponta que da análise o dispositivo citado, percebe-se que existe a obrigação legal das saídas interestaduais serem acompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação, porém, na parte final do *caput* da Cláusula segunda, está inserida a expressão '*conforme legislação da unidade federada de origem*', o que já transfere para cada estado signatário a incumbência de regulamentar de que maneira serão realizadas essas saídas interestaduais.

Afirma que não pode o fisco baiano exigir que as saídas interestaduais promovidas por outros estados sigam as mesmas regras tributárias e operacionais previstas na legislação baiana, haja vista que o Convênio ICMS 71/90 possui abrangência nacional e faz menção expressa de que se deve observar qual a forma determinada por cada estado para promover essas saídas.

Esclarece que o parágrafo terceiro desta mesma Cláusula segunda determinou que nas operações oriundas de Minas Gerais, além dos documentos de arrecadação, deve ser considerada a apuração do imposto, admitindo a universalidade dos créditos do contribuinte, cabendo à legislação mineira a regulamentação desse dispositivo. Reproduz o Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 43.080/2002, ao regulamentar a matéria no seu Anexo IX, Parte 1, art. 115, § 2º, tratou de pormenorizar como se dariam tais operações.

Lembra que para dar cumprimento ao disposto no Convênio ICMS 71/90, de que as saídas deveriam ser acompanhadas do documento de arrecadação, estipulou um valor mínimo de R\$10,00 para cada nota fiscal de saída interestadual emitida, devendo, no momento da apuração mensal do ICMS, lançar a soma desses pagamentos como "outros créditos", com a menção expressa, no campo de observações, de que tais créditos se referiam as operações interestaduais de café cru.

Verifica que ao criar este procedimento, o fisco mineiro permitiu aos contribuintes daquele estado utilizar os créditos fiscais constantes na sua escrita para deduzir os débitos relativos às suas saídas tributadas, o que nos parece razoável, pois assim determina o princípio da não cumulatividade.

Registra que essa permissão mineira, de se considerar os créditos dos contribuintes, encontra-se inserida expressamente no Convênio ICMS 71/90, onde a Bahia é signatária, e que, portanto, deve acatar esse comando disposto na legislação de Minas Gerais, e que foi devidamente regulamentada no seu RICMS transscrito acima (Anexo IX, Parte 1, art. 115, § 2º).

Ressalta que nas operações realizadas com seus fornecedores de café cru em grãos situados em Minas Gerais, o fisco baiano desconsiderou totalmente o disposto na legislação mineira, e presumiu, sem nenhuma base legal, que o crédito devido para a Impugnante seria apenas o corresponde ao valor de cada documento de arrecadação, ou seja, R\$10,00 por nota fiscal.

Disse que a menção específica ao Estado de Minas Gerais, tanto no Convênio ICMS 71/90, quanto na sua regulamentação verificada no artigo 369 do RICMS/BA, onde ambas as legislações informam que o estado de Minas Gerais deverá fornecer os documentos relativos à legitimidade das operações, foi insuficiente para direcionar a análise real das operações para o fisco mineiro, preferindo autuar a Impugnante para que esta procurasse demonstrar que tudo foi feito de forma

correta, sobretudo no Convênio ICMS 71/90, de que o ICMS relativo às saídas de café cru em grãos de Minas Gerais devesse ser calculado abatendo-se os créditos dos contribuintes, não fosse levado em consideração na presente ação fiscal, pois se assim não fosse, não existira razão para lavratura dessa infração.

Requer a total improcedência da glosa dos créditos oriundos das aquisições realizadas em Minas Gerais, pela mais absoluta falta de previsão legal para realização deste lançamento. Acrescenta que na hipótese deste egrégio órgão julgador entender necessário obter do fisco mineiro a comprovação de que as operações ocorridas seguiram o disposto na legislação local, solicitada a conversão do PAF em diligência, para que auditores independentes ao feito buscassem, junto ao fisco mineiro, a referida comprovação, com base no disposto no art. 369, IV do RICMS/BA.

Em relação ao Estado de São Paulo, sinaliza que durante o período autuado verificou-se a existência de algumas poucas aquisições de café cru em grãos de contribuintes situados em São Paulo, que correspondem a menos de 5% do total cobrado no presente auto de infração. Considerando que em todo o período fiscalizado verificou-se apenas a ocorrência de quatro operações de aquisições oriundas de São Paulo, sendo essas relativas a apenas dois fornecedores, apresenta em anexo (DOC. 6) a certidão negativa de débitos tributários dos dois fornecedores de café cru oriundos de São Paulo, constantes no levantamento fiscal.

Postula que se tratam das empresas V. L. B. COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA, CNPJ 08.285.423/0001-07 e COSTA CAFÉ COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 54.11.775/0002-40, ambas situadas no estado de São Paulo. Reitera que a comprovação da regularidade fiscal dos dois contribuintes acima citados, por si só, já legitima os créditos fiscais apropriados pela Impugnante nessas aquisições, visto que, caso tais operações tivessem sido realizadas de forma irregular não haveria possibilidade de ser gerada uma certidão negativa de débitos.

Transcreve o Dec. nº 45.490/2000 - RICMS/2000 da própria legislação de São Paulo (artigos 338 a 340, do RICMS/2000), prevê a possibilidade de utilização de créditos fiscais decorrentes de pagamentos do ICMS deduzindo-os das próprias guias de recolhimentos, devendo, na apuração do imposto, realizar os devidos ajustes, lançando tais créditos no quadro '*Débito do Imposto – Estornos de Créditos*'.

Registra que da análise dos dispositivos, verifica-se que, assim como ocorre com o estado de Minas Gerais, também em São Paulo a legislação prevê expressamente a possibilidade de utilização, pelos contribuintes, de créditos fiscais lançados na sua escrita fiscal, que foi o que ocorreu nas operações realizadas com a Impugnante. Reproduz a Portaria CAT nº 27, de 16/03/95, que disciplina a arrecadação de tributos no estado de São Paulo, verifica-se que existe uma menção expressa relativa às saídas de café cru, no §1º, do art. 2º.

Verifica que existe na legislação paulista previsão expressa de que as saídas de café cru devem ser necessariamente visadas pelo posto fiscal quando houver crédito do imposto, o que já respalda as operações de saídas interestaduais cujos créditos foram glosados pelo fisco baiano.

Exemplifica com as guias de arrecadação do estado de São Paulo relativas às duas aquisições de café cru, realizadas junto a fornecedores paulistas e que tiveram os créditos fiscais glosados pelo fisco baiano, pois se tratam das guias de arrecadação relativas às Notas Fiscais nºs 908 e 909, cujas entradas no estabelecimento da Impugnante ocorreram respectivamente em 23/05/2013 e 24/05/2013, conforme fl. 97.

Observa que as guias de recolhimento do ICMS de duas das aquisições realizadas pela Impugnante do seu fornecedor paulista, percebe-se claramente no campo de observações da referida guia a menção ao artigo 339 do RICMS/SP, reproduzido anteriormente. Sustenta que não restam dúvidas de que as operações de aquisições de café cru, realizadas junto aos fornecedores situados em São Paulo encontram-se dentro da legalidade, pois os procedimentos adotados encontram respaldo na legislação paulista.

Requer a total improcedência da cobrança relativa às aquisições realizadas de seus fornecedores de São Paulo, visto que a sua regularidade perante o fisco paulista demonstra que não existem débitos destes em aberto junto à SEFAZ daquele estado.

Ressalta que atualmente encontra-se em vigor o Protocolo ICMS 55/2013, que dispõe sobre medidas de controle de circulação de café cru em grãos entre alguns estados da federação, incluindo a Bahia. Porém, a inclusão da Bahia se deu apenas a partir de 22/09/2015 após a publicação do Protocolo ICMS 66/15, ou seja, em período posterior aos lançamentos realizados pela Fiscalização. Observa ser a ressalva importante, pois uma leitura menos atenta na legislação baiana, pode-se levar a uma conclusão precipitada de que o disposto no Parágrafo único do art. 369, do RICMS/BA, já pudesse estar em vigor durante o período fiscalizado, o que proibiria a utilização de quaisquer créditos existentes, entre os estados signatários, para compensação do débito constante das guias de recolhimento.

Reafirma que a inclusão da Bahia no Protocolo ICMS 55/2013, se deu a partir de fatos geradores ocorridos a partir de 22/09/2015, logo, até o momento da entrada da Bahia no referido Protocolo a utilização de créditos fiscais pelos contribuintes situados nos Estados signatários (aí inclusos MG e SP), para compensação dos débitos nas suas saídas era legítima, devidamente amparada pelas legislações daqueles estados. Acrescenta ainda que as considerações necessárias acerca da regularidade fiscal das operações de aquisições de café cru, ocorridas nos três Estados que fazem parte do demonstrativo fiscal, assim como, acerca da adequação das operações ocorridas com as respectivas legislações. Requer a improcedência desse auto de infração.

Finaliza solicitando e requerendo que:

- seja decretada a decadência parcial da Infração 1, o que gerou uma cobrança indevida dos períodos de junho, setembro, novembro e dezembro de 2013 e mais janeiro e parte de fevereiro de 2014. Caso essa egrégia JJF entenda ser necessária a elaboração de um novo levantamento fiscal, requer o encaminhamento do PAF para que a ASTEC possa realizar essa diligência fiscal;
- seja declarada a sua nulidade, pela falta de verificação e cumprimento, por parte da Fiscalização, do principal item de observância da presente ação fiscal, qual seja, a solicitação ao fisco mineiro das informações acerca da legalidade das operações, o que resultou, em virtude dessa omissão, a preterição de seu direito;
- a total improcedência, visto que, para se garantir o direito ao crédito, exige-se a incidência do imposto na operação, e não a prova do seu recolhimento. Além disso, requer a Impugnante a total improcedência da glosa dos créditos oriundos das aquisições realizadas no Espírito Santo, Minas Gerais e São Paulo, pela mais absoluta falta de previsão legal para realização deste lançamento, já que não restaram comprovadas quaisquer descumprimentos ao disposto na legislação tributária de cada um desses Estados.
- Seja convertido o PAF em diligência, para que auditores independentes ao feito buscassem, junto ao fisco mineiro, a referida comprovação, com base no disposto no art. 369, inciso IV do RICMS/BA.
- declarada a improcedência da infração, conforme disposto no parágrafo único do art. 155 do RPAF, requer que a nulidade aqui pleiteada seja ultrapassada, visto que, no mérito, a exigência fiscal deixaria de existir.

Na informação fiscal, fls. 161 a 165, refuta os argumentos do Autuado quanto à decadência parcial dos créditos tributários utilizados no levantamento fiscal. Informa que o CTN em seu art. 173, preceitua que o prazo para constituição do crédito tributário tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, não podendo prosperar a arguição defensiva, pois no presente caso, o período Autuado alcançou o exercício de 2012, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2013, com termo final em 31/12/2017.

Registra que como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2017, e o Autuado tomou ciência em 09/10/2017, portanto dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser realizado, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Observa que para a solicitação da nulidade do lançamento tributário suscitada, equivoca-se o Impugnante ao alegar que, por ser facultado ao Estado destinatário solicitar informações relativas à legitimidade da operação ao estado remetente, conforme inciso V, do art. 369 do RICMS-BA/12, a simples inutilização de tal prerrogativa decretaria a nulidade do lançamento tributário.

Salienta que inversão ao ônus da prova, já que conforme os incisos III e IV do referido artigo, pois o crédito do imposto decorrente das operações interestaduais somente será admitido à vista dos respectivos documentos fiscais e de arrecadação.

Ressalta que, apesar de regularmente intimado a apresentar os comprovantes de arrecadação referentes ao total do ICMS destacado em tais aquisições interestaduais, conforme cópia anexa às fls. 06 deste PAF, informados pelo contribuinte que não dispunha de tais comprovantes.

Em relação à solicitação a improcedência do lançamento tributário de que há falta de previsão legal para a autuação, se equivoca dizendo que a circulação do café cru, em coco ou em grão, pelo Estado da Bahia, o simples destaque do ICMS devido à unidade federada de origem não legitima o direito ao crédito fiscal. Informa que se deve atentar para o regramento constante do art. 369 do RICMS-BA, bem como para o que determina o Convênio ICMS 71/90, que estabelece disciplina de controle da circulação de café cru, em coco ou em grão, no território nacional, especialmente no §2º, da cláusula segunda e na sua cláusula terceira.

Quanto à defesa da legalidade das aquisições interestaduais de café cru em grãos, realizadas nos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e São Paulo. Pontua que o supracitado Acórdão, anexo às fls. 152 a 154 deste PAF, refere-se a Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias em virtude da falta de recolhimento do ICMS em operação enquadrada no regime de diferimento, quando não é possível a adoção deste regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito - Café cru em grão em circulação neste Estado sem o comprovante de recolhimento do ICMS destacado no documento fiscal.

Sobre a afirmação de que o próprio Autuante reconhece o equívoco da autuação fiscal, antecipando, preliminarmente, o seu entendimento pela improcedência do Auto de Infração. O fiscal rebate dizendo que no voto do Acórdão o eminente relator concorda com o autuante: *“Cabe razão ao Agente de Tributos informante, quando afirma que, mesmo se o aludido acordo interestadual tivesse em vigor entre os Estados envolvidos na operação, o imposto pago, antes da remessa da mercadoria para outro Estado, seria devido ao Estado de origem e não ao de destino, no presente caso à Bahia. Estamos, no presente caso, diante de uma operação em que o remetente não faz parte do aludido acordo interestadual e não efetua o recolhimento do imposto antes da remessa da mercadoria, portanto, não acompanha a mercadoria o documento de arrecadação. Assim, conforme dispõe o art. 369, inciso IV, do RICMS/BA, o crédito fiscal nas operações interestaduais, só será permitido com os documentos fiscais próprios e do documento de arrecadação. A operação em lume, alvo do Auto de Infração sob exame, pode ocorrer sem o documento de arrecadação, portanto o documento que acoberta a circulação de mercadoria é idôneo, cabendo à fiscalização de comércio a glosa de um eventual crédito aproveitado pelo destinatário”.*

Sustenta que o teor do referido Acórdão só confirma o acerto da presente autuação fiscal na glosa dos referidos créditos fiscais em operações interestaduais de café cru em grãos beneficiado e desacompanhados dos respectivos documentos de arrecadação.

Conclui pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante sob o argumento de que os dispositivos legais indicados como infringidos, não se referem à situação fática verificada na autuação. Sustentou que foram citados dispositivos gerais da legislação tributária estadual sem especificidade alguma, em relação às operações interestaduais de café cru em grãos.

Ao compulsar os autos, precípua mente a descrição das infrações, seus respectivos enquadramentos legais e os demonstrativos de apuração constante do CD, fl. 16, cuja cópia foi entregue ao Autuado, fl. 15, constato que não assiste razão ao Impugnante, uma vez que a descrição das infrações além de se afigurarem devidamente clara e pormenorizada está devidamente alicerçada nos correspondentes dispositivos legais infringidos. Ademais, o Autuado não apontou, de forma objetiva, qual a dificuldade de compreensão da acusação fiscal que resultou em óbice na elaboração de sua defesa. Ao contrário, da peça de defesa apresentada pelo Impugnante se depreende que ele entendeu perfeitamente a acusação fiscal, tanto é assim, que enfrentou plenamente todos os aspectos que entendeu cabíveis.

Por isso, entendo superada a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente.

Consigno também que o Auto de Infração atende aos preceitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na legislação de regência para a sua validade. Constatou que o Autuado tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Com isso, vejo que foi seguida a legislação de regência, precípua mente as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF-BA/99, razão pela qual passo ao exame do mérito.

Suscitou também o Impugnante preliminar de decadência de parte dos créditos fiscais utilizados no levantamento fiscal, tendo em vista que a fiscalização para efetuar o levantamento dos valores que compõem a infração o Autuante refez na Planilha 3, fls. 10 e 11, o conta corrente a apuração do ICMS entre os períodos de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, considerando como crédito indevido, neste levantamento, os valores que não ensejariam direito a crédito.

Sustentou ainda o Autuado que o saldo credor de partida para o refazimento da escrita fiscal deveria o informado na DMA em novembro de 2012.

Depois de examinar os elementos que compõem a acusação fiscal, constato que não assiste razão ao Impugnante em sua tentativa de macular o refazimento da Conta Corrente fiscal elaborado pelo Autuante. Verifico que o Defendente não apontou qualquer inconsistência na Planilha 03 elaborada pelo Autuante, exceto que foram tragadas pela decadência as operações por abarcarem o período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Entendo que, o fato de a reconstituição da escrita fiscal, com lastro na documentação fiscal do estabelecimento, ter englobado período anterior ao período ao que foram apuradas as utilizações indevidas de crédito fiscal, objeto da autuação, não há que se falar em decadência em relação a esse período anterior, uma vez que a exigência que compõem o lançamento ocorreram de junho de 2013 até novembro de 2014, portanto, ainda não alcançadas pela decadência. Como o Impugnante tomou ciência do Auto de Infração em 09/19/17, o quinquênio em que se operaria a decadência, de acordo com o §4º, do art. 150 do CTN, somente chegaria a termo em 31/05/2018.

Assim, fica rechaçada a preliminar de decadência, tendo em vista que no período em que, efetivamente, foram apuradas as ocorrências dos fatos geradores não foram tragados pela decadência.

No tocante ao pedido de diligência solicitado pela defesa, fica indeferido com base na alínea “a”, do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA/99, uma vez que já constam dos autos os elementos imprescindíveis para a formação do juízo em torno da lide, pelos julgadores.

No mérito, o Autuado de Infração imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a café cru beneficiado adquirido no Estados de Minas Gerais Espírito Santos e

de São Paulo sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto.

A legislação de Regência da matéria é a que se segue

RICMS-BA/12

CAPÍTULO XXVI

DA CIRCULAÇÃO DE CAFÉ CRU

“Art. 369. Na circulação de café cru, em coco ou em grão, tanto nas saídas como nos recebimentos ou no simples trânsito da mercadoria pelo território deste Estado, observar-se-á o seguinte (Conv. ICMS 71/90):

I - nas operações interestaduais, o ICMS será pago mediante documento de arrecadação antes do início da remessa;

II - na hipótese de não haver imposto a recolher, a nota fiscal será acompanhada de guia negativa ou de documento de arrecadação visado pelo fisco de origem, emitido pelo remetente da mercadoria, em cujo corpo deverá constar o demonstrativo de débito e crédito fiscal, dispensado este demonstrativo na hipótese de utilização do documento de arrecadação “on-line”;

III - constituirá crédito fiscal do adquirente o ICMS destacado na nota fiscal, desde que acompanhada do documento de arrecadação emitido;

IV - o crédito do imposto decorrente das operações interestaduais somente será admitido à vista dos respectivos documentos fiscais e de arrecadação, e de informação que confirme a guia de recolhimento do imposto que será disponibilizada através do “site” da Secretaria de Fazenda do estado remetente;

V - a operação interestadual oriunda do Estado de Minas Gerais será acompanhada do documento fiscal e do documento de arrecadação vinculado àquela operação, sendo que o referido estado fornecerá, sempre que solicitado, as informações relativas à legitimidade da operação;”

CONVÊNIO ICMS 71/90

“Cláusula primeira Acordam os Estados signatários e o Distrito Federal em implementar mecanismo de controle na circulação de café cru, em coco ou em grão, no território nacional, nos termos das Cláusulas seguintes.

Nova redação dada a cláusula segunda pelo Conv. ICMS 112/06, efeitos a partir de 11.10.06.

Cláusula segunda Nas saídas interestaduais o ICMS será pago mediante guia própria, documento de arrecadação ou documento de arrecadação On-line, antes de iniciada a remessa, conforme legislação da unidade federada de origem.

§ 1º Na hipótese de inexistir imposto a recolher, a Nota Fiscal será acompanhada de guia negativa ou documento de arrecadação visado pelo Fisco de origem, se for o caso, emitido pelo remetente da mercadoria, em cujo corpo deverá constar o demonstrativo do débito e crédito fiscal, ficando dispensado, na hipótese de utilização do documento de arrecadação On-line.

§ 2º Constituirá crédito fiscal do adquirente o ICMS destacado na Nota fiscal e da guia própria, documento de arrecadação ou documento de arrecadação On-line emitidos na forma desta cláusula.

§ 3º A operação interestadual oriunda do Estado de Minas Gerais será acompanhada do documento fiscal e do documento de arrecadação vinculado àquela operação, considerando, no entanto, que a apuração do imposto será feita mensalmente admitindo a universalidade dos créditos do contribuinte.

§ 4º O Estado de Minas Gerais fornecerá, sempre que solicitado, as informações relativas à legitimidade da operação oriunda de contribuinte localizado no território mineiro.

Redação original do caput da cláusula segunda, efeitos até 10.10.06.

Cláusula segunda Nas saídas interestaduais o ICMS será pago mediante guia própria, antes de iniciada a remessa.

Redação anterior dada ao § 1º da Cláusula segunda pelo Conv. 57/02, efeitos de 05.07.02 a 10.10.06.

§ 1º Na hipótese de inexistir imposto a recolher, a Nota Fiscal será acompanhada de guia negativa ou de documento de arrecadação visado pelo Fisco de origem, emitido pelo remetente da mercadoria, em cujo corpo deverá constar o demonstrativo do débito e crédito fiscal, sem prejuízo de outros mecanismos de controle que venham a ser estabelecidos pela unidade federada de origem.

Redação original, efeitos até 04.07.02.

§ 1º Na hipótese de inexistir imposto a recolher, a Nota Fiscal será acompanhada de guia negativa emitida

pelo Estado de origem.

§ 2º Constituirá crédito fiscal do adquirente o ICMS destacado na Nota Fiscal, desde que acompanhada do formulário Controle de Saídas Interestaduais de Café - CSIC, modelo I, anexo, e da guia emitida na forma desta Cláusula.

Nova redação dada ao caput da cláusula terceira pelo Conv. ICMS 112/06, efeitos a partir de 11.10.06.

Cláusula terceira O crédito do imposto no Estado destinatário somente será admitido à vista dos respectivos documentos fiscais e de arrecadação, e de informação que confirme a guia de recolhimento do imposto que será disponibilizada através dos sites das Secretarias de Fazenda do remetente.”

Em sede de defesa o Impugnante pugnou pela insubsistência da exigência fiscal, sustentando que o destaque do imposto devido à unidade Federada onde se iniciou a prestação do serviço nas respectivas notas fiscais, por si só, legitima o direito ao crédito fiscal, desde quando não há prova de que tais operações foram fictícias, visto que o fisco não fez acompanhar qualquer indício neste sentido, no qual os procedimentos adotados estão de acordo com o Convênio ICMS 71/90, que disciplinam o controle da circulação do café cru no território nacional.

Asseverou também o Impugnante que, para se garantir o direito ao crédito, exige-se a incidência do imposto na operação, e não a prova do seu recolhimento. Pugnou ainda que fosse solicitado ao fisco mineiro das informações acerca da legalidade das operações objeto da autuação.

O Autuante ao proceder a Informação fiscal manteve a autuação destacando que o Impugnante, apesar de regularmente intimado a apresentar os comprovantes de arrecadação referentes ao total do ICMS destacado em tais aquisições interestaduais, conforme cópia anexa, fls. 06, informou que não dispunha de tais comprovantes.

Asseverou que o Autuado se equivoca ao assinalar que na circulação do café cru, em coco ou em grão, pelo Estado da Bahia, o simples destaque do ICMS devido à Unidade Federada de origem legitima o direito ao crédito fiscal. Frisou que se deve atentar para o que determina o Convênio ICMS 71/90, que estabelece disciplina de controle da circulação de café cru, em coco ou em grão, no território nacional, especialmente no §2º da cláusula segunda, e na sua cláusula terceira.

Ao compulsar as peças que compõem os presentes autos verifico que as operações de circulação de café cru, é matéria tratada de forma específica e expressamente definida pela legislação de regência, art. 369, do RICMS-BA/12, como acima já reproduzido integralmente, e a utilização de crédito fiscal em operações interestaduais, assim é regida, *in verbis*:

“IV - o crédito do imposto decorrente das operações interestaduais somente será admitido à vista dos respectivos documentos fiscais e de arrecadação, e de informação que confirme a guia de recolhimento do imposto que será disponibilizada através do “site” da Secretaria de Fazenda do estado remetente;”

Da inteleção do dispositivo regulamentar supra reproduzido, claramente se depreende que a legislação baiana, mesmo se o Estado remetente tenha denunciado o convênio, o Estado da Bahia continua no acordo interestadual e o RICMS-BA/12 em seu capítulo XXVI, que trata das operações com Café Cru, contempla as regras constantes do Convênio ICMS 71/90.

Assim, como expressamente estatui o inciso IV, do art. 369 do RICMS-BA/12, o crédito fiscal, nas operações interestaduais, só será admitido com os documentos fiscais próprios e do documento de arrecadação.

No que diz respeito à decisão pela improcedência no Acórdão JJF N° 119-05/15, apontado pela defesa como precedente para sua tese defensiva, verifico que o referido julgado é inservível para o que pretende o Impugnante, por tratar de ação fiscal realizada no transito de mercadorias, diante de documentação fiscal idônea, cabendo somente à fiscalização de comércio em verificação ulterior a glosa de um eventual crédito aproveitado pelo destinatário, portanto, situação distinta da presente apuração que ocorreria em fiscalização no estabelecimento autuado, identificando-se a utilização indevida de crédito.

Nestes termos, concluo pela subsistência da autuação.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271351.0015/17-1, lavrado contra **J.R. COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$179.023,55**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA