

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0008/16-5
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0154-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/02/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0013-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS DO QUE O PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Tendo em vista que o Convênio ICMS 190/17 regulamentou o conteúdo da LC 160/17, que autorizou a convalidação dos incentivos fiscais de ICMS concedidos à margem do CONFAZ, e cumpridos os requisitos estipulados no art. 3º, incisos I e II da Lei e cláusula segunda do Convênio, além do efeito retroativo às disposições, fica afastado todo o eventual passivo existente. O Autuado apresenta provas com o condão de elidir a autuação. Infração insubsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO TEMPESTIVAMENTE. Não há que se falar em multa, tendo em vista a insubsistência da autuação. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 19/12/2016, o qual exige crédito tributário no valor de R\$6.945.967,69, acrescido da multa de 60%, em razão das irregularidades abaixo apuradas:

Infração 01 - 01.02.96 - utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com o benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadorias de Estados que concedem crédito presumido vedado pelo Decreto nº 14.213/12. É vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas nos itens do Anexo Único do citado Decreto. O crédito do ICMS neste caso, somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme Anexo Único do Decreto 14.213/12, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014 no valor de R\$2.863.802,08;

Infração 02 - 07.15.05 - multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo que o ICMS admitido está de acordo com o § 2º do art. 1º do Decreto nº 14.213/12, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, no valor de R\$4.082.165,61.

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, nos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que identificou ausência de motivação do ato administrativo, expediente obrigatório e objeto de expressa previsão legal no art. 142 do CTN. Arguiu a inépcia da peça fiscal, alegando que a fiscalização nada demonstra, limitando sua acusação ao campo das suposições. Acrescentou que a fiscalização sequer apontou quais os benefícios fiscais entende ter o contribuinte usufruído e que mereciam a glosa, imputando a acusação de forma genérica e sem motivação, o que prejudica sua defesa, ficando impossibilitado de fazer sua impugnação de modo preciso.

Analisando os elementos que compõem o PAF, principalmente o teor das razões de defesa, vejo que ao contrário do alegado, não é o que se depreende de sua impugnação fiscal. Da simples leitura de sua defesa, fica evidente que o Autuado compreendeu claramente do que foi acusado, trazendo inclusive livros e documentos

fiscais com o objetivo de ilidir a infração que lhe foi imputada.

Observo que não houve a falta de motivação aduzida, na medida em que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. A Autuante descreveu detalhadamente os fatos que resultaram na infração, inclusive expondo de forma ampla as irregularidades constatadas, na descrição dos fatos, nas próprias folhas do Auto de Infração. Foram indicados e detalhados os dados e cálculos que compõem o lançamento fiscal, conforme planilhas, demonstrativo da infração 01 fls. 19/20 e da infração 02 fls. 21/22. Esses dados estão contidos no CD fl.30, que foi entregue ao contribuinte, conforme faz prova documento termo recebimento fl.31, apontando as razões que levaram a Autuante a determinar o descumprimento da obrigação principal. A capitulação legal e a multa aplicada constante da infração são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável.

O defendente alegou cerceamento de defesa para suscitar nulidade da autuação. Disse que a Autuante estaria transferindo ao impugnante, o ônus da prova de sua própria acusação. Acrescentou que somente quando da informação fiscal, a Fiscal teria trazido aos autos, o Anexo Único do Decreto 14.213/12, que serviu de fundamento para apuração do imposto reclamado.

Saliento que esta alegação não possui sustentação fática ou jurídica. No presente caso, a prova com que pretende desconstituir a acusação de que teria utilizado créditos fiscais em valor superior ao admitido pela legislação vigente, considerando que suas filiais estabelecidas em outros Estados, emitentes destas notas fiscais, não teriam utilizado qualquer benefício fiscal, é do próprio Autuado. É ele que dispõe da informação e comprovação do valor do imposto e alíquota efetivamente incidente na operação anterior. Dessa forma, entendo que não pode o defendente alegar cerceamento de defesa, quando o ônus da prova lhe incumbe e o respectivo documento estaria, teoricamente, em seu poder.

Quanto ao Anexo Único do retro mencionado Decreto, que conforme alegação do defendente, deixou de constar originalmente da autuação, também não se sustenta. Da leitura da descrição dos fatos, conjuntamente com o levantamento fiscal, não resta qualquer dúvida sobre a matéria tratada no presente Auto de Infração.

A autoridade administrativa constituiu o crédito tributário verificando e registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e, propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeito, portanto, as nulidades suscitadas, visto que, não verifico qualquer dos pressupostos elencados no art. 18 do RPAF/99.

Em relação à solicitação de perícia fiscal ou diligência, cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações, sendo inadmissível realização de diligência, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. Assim, no presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência e perícia técnica, com fulcro no art. 147, I, “a” e II, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, na infração 01, o PAF ora em análise, gira em torno da aplicação do Decreto nº 14.213/12, que veda ao contribuinte adquirente estabelecido no Estado da Bahia, a utilização do total de crédito destacado na Nota Fiscal relativamente às mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo, permitindo apenas o creditamento em percentual indicado em seu Anexo único.

A matéria encontra-se disciplinada no § 2º, do art. 1º, do Decreto nº 14.213/12. É ver a redação do dispositivo, in verbis:

Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975 (LGL1975\11).

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

O defendente argumentou, em resumo, que a regra de vedação ao direito de crédito de ICMS prevista no o Decreto nº 14.213/12, representaria uma ofensa ao princípio da não-cumulatividade estabelecido no art. 155, II, § 2º, IV, da Constituição Federal, aduzindo que, ao estabelecer o limite de crédito de 3%, o Estado da Bahia estaria indiretamente impondo uma alíquota interestadual de 3%, usurpando a competência do STF para declaração de inconstitucionalidade e criando uma espécie de barreira alfandegária.

A tese defensiva parece plausível, tanto que encontra respaldo em parte da doutrina e foi acatada pela

jurisprudência do STJ durante muitos anos. Todavia, pelas recentes decisões do STF e STJ sobre a matéria em debate, observo que o Decreto nº 14.213/12 não ofende o princípio da não-cumulatividade, pois se enquadra nas hipóteses de exceção ao direito de crédito previstas na própria Constituição Federal.

É cediço que o art. 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal, estabeleceu limitações ao direito de utilização do crédito de ICMS, notadamente para as operações anteriores que forem isentas ou que não representem hipótese de incidência do ICMS. Vejamos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - 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;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

É importante esclarecer, que as limitações ao direito de crédito em relação às operações isentas ou com não-incidência, criadas pela própria Constituição Federal, têm a clara finalidade de garantir a efetividade do princípio da não-cumulatividade, impedindo que o contribuinte utilize um crédito que, em verdade, não existe, já que a operação anterior não gerou pagamento do ICMS.

Assim, grande parte da doutrina especializada defende que as hipóteses do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição não representariam “exceções” ao princípio da não-cumulatividade, mas apenas hipóteses de vedação do direito ao crédito para justamente alcançar a não-cumulatividade do ICMS.

Outrossim, em se tratando de operações interestaduais, como é o caso dos autos, a vedação à utilização do crédito se torna ainda mais relevante, pois se não houvesse qualquer limitação, o Estado destinatário seria obrigado a assumir o ônus do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente. Bem por isso, o inciso II do § 2º do art. 155 da CF ressalva que a limitação ao crédito não é absoluta, podendo ser dispensada se houver “determinação em contrário da legislação”, ou seja, se houver Convênio ou Protocolo interestadual.

Na prática, o referido dispositivo constitucional tem por finalidade limitar o poder de tributar dos estados-membros, impedindo a criação de benefícios fiscais locais. Fato é que, no caso dos autos, os benefícios fiscais incidentes sobre as mercadorias do defendente no Estado destinatário não encontram respaldo na legislação do Estado da Bahia. Nesta senda, o fisco baiano editou o Decreto nº 14.213/12, para expressamente vedar a utilização de créditos relativos a operações contempladas com benefício fiscal não autorizado.

É importante ressaltar, que a tese adotada pelo STF autoriza a vedação ao direito de crédito, porém não de forma absoluta, admitindo, por óbvio, o creditamento “proporcional ao valor exonerado”. Afinal, se não for admitido o crédito proporcional, o Estado destinatário estará se beneficiando indevidamente do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente, em afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diante do exposto, entendo que a melhor exegese para o tema em debate é considerar que o Decreto 14.213/12 não afronta qualquer dispositivo legal ou constitucional, pelo contrário, visa justamente garantir a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, à luz da interpretação sistemática e teleológica que vem sendo aplicada pelo STJ e STF. (RE 174478 / SP; RE 522716 AgR / RS; RMS 26497 / MT).

O defendente alegou, que o Fisco não teria comprovado, que o imposto devido nas operações anteriores teria gozado do benefício fiscal ora em discussão. Ou seja, a autuação não prova a utilização de benefícios fiscais às margens do CONFAZ, na Apuração do ICMS pelas filiais de origem.

Neste ponto, observo que o Decreto Estadual nº. 14.213/12, ao estabelecer a vedação ao direito de utilização dos créditos em comento, parte do pressuposto de que a operação anterior é beneficiada com redução de alíquota ao patamar de 3%.

É certo que, se o defendente tiver suportado uma carga tributária “cheia” (12% ou 7% / alíquotas interestaduais) nas operações anteriores, terá direito ao crédito integral nas operações seguintes. Entretanto, não há nos autos qualquer prova acerca do efetivo pagamento do imposto anterior, submetido a qualquer que seja a alíquota. Na tentativa de comprovar este argumento, o contribuinte disponibilizou cópias de EFD's de suas filiais, que se revelaram inúteis para os fins a que se destinavam.

Isto porque, conforme declarado pela Autuante, da análise destes elementos acostados aos autos, se identificou tratar-se de Arquivos do Recibo de Entrega da Escrituração Fiscal referentes as filiais: 17.469.701/0039-40;

17.469.701/0117-05; 17.469.701/0124-26; 17.469.701/0134-06; 17.469.701/0138-21 e 17.469.701/0140-46, todas estabelecidas no Estado da Bahia. Ademais, foi constatado que tais recibos, folhas 158 a 210, se referem ao período de dezembro de 2014 a junho de 2015.

No presente caso, a infração 1 refere-se a crédito indevido em operações interestaduais de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. A infração 2 refere-se a multa percentual sobre o valor do ICMS Antecipação Parcial que deixou de ser recolhido de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Portanto, o auto em questão, trata apenas de operações interestaduais e os arquivos apresentados tratam de operações internas.

Assim, embora o Autuado insista em sua defesa, que as empresas emitentes dos documentos fiscais de saídas, a ele destinados, estabelecidas em outras unidades da Federação, não utilizaram o benefício fiscal aqui discutido, não trouxe aos autos a prova legítima e necessária, com o condão de elidir a acusação fiscal.

Diante do exposto, entendo que o Decreto 14.213/12 não afronta qualquer dispositivo legal ou constitucional, pelo contrário, visa justamente garantir a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, à luz da interpretação sistemática e teleológica que vem sendo aplicada pelo STF e em reiteradas decisões deste CONSEF. Dessa forma, concluo pela subsistência da infração 01.

A infração 02 refere-se a multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo que o cálculo do ICMS, o crédito fiscal admitido está de acordo com o § 2º do art. 1º do Decreto 14.213/12.

A antecipação parcial do ICMS está prevista no art. 12-A da lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 12 – A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Consta do Auto de Infração, que foi aplicada a multa percentual de 60% sobre o valor do imposto calculado corretamente, isto é, considerando o crédito fiscal determinado no § 2º do art. 1º do Decreto 14.213/12. Sobre o ICMS antecipação parcial que deixou de ser pago tempestivamente pelo autuado, foi aplicada a multa de 60%, conforme demonstrativo anexo, fls. 21/22.

Saliento que em ação fiscal foi constatado pela Autuante, que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS da Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida. Uma vez comprovada a falta de pagamento ou tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativamente ao imposto não antecipado, em multa equivalente a 60% do ICMS não recolhido regularmente, nos termos do art. 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O defendente nas argumentações defensivas afirmou que a infração 02, seria reflexo direto da infração 01. Como não houve cobrança de imposto neste item, a base de cálculo da multa seria o imposto pago, porém considerado reduzido pelos benefícios fiscais apontados na infração 01, que reiterou, não teria utilizado. Ou seja, disse ser fato, que a infração do item 01 foi absorvida pela infração do item 02, devendo ser prontamente cancelada. Pugnou pelo afastamento da penalidade do item 01, em razão da aplicação do princípio da consunção, pois a conduta de utilizar crédito fiscal (meio) é pressuposto para a multa aplicada sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial (resultado).

Em sede de informação fiscal a autuante esclareceu que a tese defensiva encontra-se equivocada. Explicou que a infração 1 cobra crédito indevido e a infração 2 cobra multa percentual sobre valor do ICMS Antecipação Parcial que deixou de ser recolhido. São infrações com origens distintas, portanto não há o que se falar de bis in idem.

Analisando os elementos que compõem o PAF, as razões de defesa, a informação fiscal e o teor dos dispositivos retromencionados, não resta dúvida sobre o acerto da autuação. Comungo das conclusões da autuante, pois as infrações 01 e 02 são distintas.

Importante ressaltar, que na ação fiscal foi constatado, que se no cálculo do ICMS Antecipação Parcial fosse levado em consideração, o imposto destacado na nota fiscal de entrada e não o crédito fiscal admitido conforme Decreto nº 14.213/12, ainda assim, haveria valor a recolher para o Estado. Isso porque, o sujeito passivo, em todo período fiscalizado, deixou de recolher qualquer valor a título de ICMS Antecipação Parcial. Logo, entendo que está correta a aplicação da multa percentual sobre o imposto que deixou de ser pago tempestivamente.

O Autuado alegou também, impossibilidade de incidência de juros de mora sobre as multas, fato que teria ocorrido em relação à penalidade referente à infração 02. Apresentou entendimento, de que não haveria previsão na legislação, para o Estado aplicar juros de mora sobre os montantes decorrentes de aplicação da penalidade tributária do item 02 da acusação fiscal.

Não acato tal pretensão. Saliento que o presente PAF não cobra juros de mora. Inclusive a própria atualização monetária, ou seja, a correção para que seja mantido o valor da moeda atualizado, constante do demonstrativo de débito do presente lançamento fiscal, se constitui apenas, em um indicativo do valor atualizado no momento da lavratura, que só será concretizado quando da quitação do Auto de Infração. Este procedimento se encontra em absoluta consonância com a regra do § 3º, X, do art. 39, do RPAF/99.

Com relação à multa de 60%, considerada confiscatória, desproporcional e desarrazoada, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada (art. 42, II, “f” e “d”, da Lei 7.014/96). Quanto ao pedido do defendente para a exclusão, ou, no mínimo, redução da multa aplicada, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, conforme art. 159, do RPAF/99.

Sobre à arguição de inconstitucionalidade da multa, por ofensa ao princípio do não confisco, deixo de apreciá-la em razão da vedação contida no art. 167, I, III do RPAF/99, que impede este Conselho de apreciar questões relativas à constitucionalidade das normas estaduais.

A respeito do pedido de cadastramento do nome dos advogados Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658, com endereço na Travessa Santa Bárbara, 04, Ed. Aliança Comercial, 9º andar, Comércio, CEP 40.015-190, Salvador/BA, e Sacha Calmon Navarro Coêlho, OAB/MG nº 9.007, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (artigo 272, parágrafo 5º, do NCPC/15 – aplicado subsidiariamente ao processo administrativo) inexistente óbice ao atendimento do pleito. Observo porém, que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, sob os seguintes fundamentos:

Inicialmente, informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos ocorridos.

No mérito, quanto à infração 1, alega inépcia da peça fiscal e conseqüente nulidade do lançamento tributário em decorrência da ausência de motivação em prejuízo ao exercício de defesa, bem como impossibilidade de se transferir ao contribuinte o ônus da acusação e ausência de aproveitamento dos benefícios fiscais citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.

Informa que, no tocante à alegação de nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que o agente autuante não teria apontado devidamente quais os benefícios fiscais entende ter o contribuinte usufruído e que foram glosados, a manifestação fiscal foi no sentido de que a descrição da acusação fiscal não deixaria dúvidas. No mesmo sentido seguiu a Decisão recorrida ao assentar o entendimento segundo o qual não houve a falta de motivação aduzida, na medida em que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática.

A recorrente, contudo, discorda da fundamentação do *decisum*, por entender que não pode o julgador convalidar vício insanável de lançamento com o objetivo de corrigir a autuação fiscal. Fato é que apenas após a apresentação de impugnação administrativa, em sede de manifestação fiscal, é que o agente autuante trouxe aos autos uma tabela, esclarecendo os itens do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 que determinam o percentual da base de cálculo admitida, relacionando os Estados e as infrações capituladas.

Aduz que a mera acusação genérica de aproveitamento de benefícios fiscais supostamente indevidos, acompanhada da indicação de alguns dispositivos legais, não é suficiente para fundamentar o Auto de Infração, sendo necessária a completa motivação do ato administrativo, sendo que, no caso do lançamento, tal expediente é objeto de expressa previsão legal no art. 142 do CTN.

Defende que a motivação deve estar materializada no lançamento e não em manifestações posteriores, no decorrer do processo administrativo tributário, sob pena de prejuízo e ferimento à ampla defesa, garantia constitucional do contribuinte.

E mais, que inépcia da peça fiscal é ainda mais evidente, levando em consideração que o trabalho fiscal partiu da equivocada premissa de que houve a utilização, pelo contribuinte, de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias supostamente contempladas por Benefício Fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

O recorrente esclarece que não usufrui de qualquer Benefício Fiscal, ou seja, ao contrário do que apontado pela fiscalização, a recorrente não utiliza os benefícios fiscais citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, o que, decerto, já seria suficiente para a improcedência da acusação fiscal.

Ademais, ressalta que o ônus da prova incumbe a quem acusa, ainda que seja este o agente estatal. O interesse público ou a presunção de legitimidade dos atos administrativos não acobertam nem permitem acusação sem prova. Nesse sentido, o próprio Estado (e seus agentes) deve fazer cumprir e obedecer aos ditames constitucionais processuais, com o fim de assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e garantias e a segurança jurídica e resguardar, aí sim, o interesse público.

Acusa a infração de incorrer em nulidade também, em particular, em violação do art. 142 do CTN, pois não prova o que alega, citando a doutrina.

Atesta que, na tentativa de constituir prova negativa, qual seja, a de não utilização de benefícios fiscais às margens do CONFAZ, o contribuinte requereu a juntada aos autos das cópias dos livros de apuração do ICMS das filiais de origem, demonstrando não haver qualquer ajuste a indicar o suposto aproveitamento de créditos fiscais. Contudo, a fiscalização ignorou a prova juntada aos autos por entender da seguinte forma:

a) O documento correto, segundo a fiscalização, seria a ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD acompanhada do RECIBO DE ENTREGA e ARQUIVO DO RECIBO DE ENTREGA DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL;

b) Analisando as folhas 16 da escrituração no CD (doc. 03 da impugnação), percebe-se que a remetente lança outros créditos no valor de R\$ 658.647,09 e em diversas folhas existe o lançamento de outros créditos sem descrever a sua natureza. Portanto, a fiscalização entende que o doc. 03 não serviria de prova de que os remetentes não foram beneficiados com os créditos vetados no Decreto nº 14.213/12.

A recorrente alega que, apesar de entender que as cópias dos livros de apuração do ICMS das filiais de origem, já seriam suficientes para comprovar a ausência de aproveitamento dos créditos fiscais, eis que não houve qualquer ajuste, tendo requerido, de boa-fé, a juntada dos Arquivos do Recibo de Entrega da Escrituração Fiscal referentes às filiais 17.469.701/0039-40; 17.469.701/0117-05; 17.469.701/0124-26; 17.469.701/0134-06; 17.469.701/0138-21 e 17.469.701/0140-46, com o objetivo de atender a manifestação fiscal acostada aos autos.

Todavia, a decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, apesar de reconhecer que haveria o direito ao crédito integral nas operações seguintes se a carga tributária suportada tiver sido cheia (12% ou 7%), assentou o entendimento de que “*não há nos autos qualquer prova acerca do efetivo pagamento do imposto anterior, submetido a qualquer que seja a alíquota. Na tentativa de comprovar este argumento, o contribuinte disponibilizou cópias de EFD’s de suas filiais, que se revelaram inúteis para os fins a que se destinavam*”.

No tocante aos “outros créditos” no valor de R\$658.647,09, questionados pelo agente autuante, o contribuinte informou, em resposta à manifestação fiscal, que se tratam de créditos extemporâneos, etc., mas que em nada se relacionam com os benefícios fiscais relacionados no

Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.

Assevera que, com o objetivo de fulminar uma vez por toda a acusação fiscal, conforme reconhecido expressamente na decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de se admitir o crédito integral nas operações seguintes, desde que comprovado que a recorrente suportou a carga tributária “cheia”, a recorrente, requer, em obediência ao princípio da verdade material, após o esclarecimento dos fatos, a juntada da Escrituração Fiscal Digital – EFD acompanhada do Recibo de Entrega e Arquivo do Recibo de Entrega da Escrituração Fiscal, referentes às filiais de origem, quais sejam, Arcelor Contagem 000-01; ArcelorMittal 0016-53; ArcelorMittal 0038-69; ArcelorMittal 0042-45; ArcelorMittal 0001-37 (doc. 01 da mídia digital anexa).

Esclarece apenas que em relação à Filial ArcelorMittal 001-37, a obrigatoriedade de envio do “SPED” iniciou em 01.01.2014 e encerrou em 01.04.2014. Todos os demais documentos são correspondentes ao período autuado, qual seja, 31.01.2013 a 31.12.2014.

Diante do exposto, a recorrente pugna pela declaração de nulidade da infração fiscal por ausência de motivação do ato administrativo, expediente obrigatório e objeto de expressa previsão legal no art. 142 do CTN.

Entende que as demais provas anexadas ao processo são mais do que suficientes para comprovar que não utiliza os benefícios fiscais citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, o que, decerto, acaba por fulminar a acusação fiscal.

Subsidiariamente, requer seja oportunizado prazo para juntar eventuais documentos que os Ilmos. Julgadores entendam ser necessários para comprovar as alegações aqui tecidas, de modo que seja determinada a baixa do processo em diligência, mediante regular intimação para manifestação, nos termos da previsão disposta no art. 7º, § 2º, do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Defende a improcedência da acusação do item 01 do Auto de Infração, por estar inserida no contexto da conhecida “Guerra Fiscal”. Essa íntima relação foi, inclusive, reconhecida expressamente pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Entende que o procedimento adotado pelo Estado da Bahia para combater a denominada “Guerra Fiscal” é responsável por violar a própria Constituição Federal. Isso porque, ao autuar o contribuinte, com o fito de declarar a nulidade de um ato proferido por outro Estado membro, o Estado da Bahia invade competência privativa do Poder Judiciário, por realizar controle difuso de constitucionalidade, acarretando uma total subversão da ordem jurídica.

Afirma que o Fisco baiano pretendeu, com a positivação do Decreto nº 14.213/12, desestimular que os estabelecimentos adquirentes de mercadorias, comercializem com as empresas que de alguma forma poderiam ser beneficiadas por incentivos concedidos fora do âmbito do CONFAZ.

Destaca, nesse sentido, que a declaração de inconstitucionalidade de um ato por alegada afronta a dispositivos de lei complementar é de competência exclusiva do poder judiciário e não da administração pública, como pretendido pelos agentes fiscais.

Cita doutrina e jurisprudência do TJBA e do STJ sobre a matéria.

Neste sentido, pugna pela improcedência da acusação fiscal consubstanciada no item 01 do Auto de Infração, com o consequente afastamento de todas as exigências fiscais, ante o reconhecimento da impossibilidade da fiscalização tributária determinar a glosa de créditos mediante a declaração de inconstitucionalidade de incentivo concedido por outro Estado da federação, vez que tal declaração é privativa do Poder Judiciário.

Ademais, alega que não houve a correta aplicação da LC 24/75, devendo ser respeitada a regra da não cumulatividade. Assim, requer seja afastada qualquer tentativa de acusação de violação da norma infra legal fundada em dispositivo da LC nº 24/75, posto que nem ao menos foi recepcionada por nosso ordenamento jurídico, vez que violador da não-cumulatividade do imposto. Ademais, crédito presumido, como reiterado por diversas vezes pela jurisprudência pátria, não pode ser considerado isenção e muito menos redução da base de cálculo do imposto, sendo incapaz, portanto, de obstar a não cumulatividade do ICMS. Dessa forma, deve, portanto,

por mais esta razão, ser julgada improcedente a exigência decorrente do item 01 do lançamento vergastado.

Quanto à infração 02, a qual trata de aplicação de multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referentes às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, adquiridas, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, atesta que não houve cobrança de ICMS relativamente à infração 02, tendo em vista que a fiscalização entendeu estar em conformidade com o § 2º, do art. 1º, do Decreto nº 14.213/12.

Assevera que a infração 02, por sorte, está intimamente relacionada com a infração 01, motivo pelo qual, também deve ser julgada integralmente improcedente, e pelas mesmas razões. Isso porque, a base de cálculo da multa seria o imposto devido (imposto antecipado reduzido do imposto pago), contudo, este imposto pago foi considerado como sendo reduzido pelos benefícios fiscais apontados na infração 01 que, como dito, a empresa jamais os usufruiu.

Deste modo, requer o provimento do presente recurso, a fim de se reconhecer a improcedência da acusação fiscal consubstanciada no item 02, por ser reflexo direto do item 01 do Auto de Infração.

Discorre sobre o caráter confiscatório das multas aplicadas, bem como da vedação ao *bis in idem* na aplicação das multas, requerendo o cancelamento das penalidades aplicadas, sob pena de afronta ao princípio do não confisco (art. 150, IV, da CR/88). Caso não se decida pelo cancelamento das penalidades exigidas, *ad argumentandum*, necessário ao menos reduzi-las para patamares mais razoáveis, menos restritivos de direitos fundamentais do contribuinte, mais adequados às circunstâncias do caso e à finalidade sancionatória imbuída no dispositivo legal.

Subsidiariamente, a recorrente pugna pelo afastamento da penalidade do item 01, em razão da aplicação do princípio da consunção, eis que a conduta de utilizar crédito fiscal (meio) é pressuposto para a multa aplicada sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial (resultado).

Ademais, a recorrente discorda do procedimento de incidir juros de mora sobre as multas, fato constatado em relação à penalidade referente à infração 02. Primeiramente, porque a literalidade do dispositivo assim não o permite (art. 161, CTN), não havendo sequer autorização na legislação do Estado da Bahia. Segundo, porque, conceitualmente, os juros de mora devem remunerar o capital que restou privado do credor.

Assim, em caráter subsidiário, reitera o pedido a fim de que seja afastada a aplicação de juros de mora sobre os montantes decorrentes de aplicação da penalidade tributária do item 02 da acusação fiscal.

Em Sessão de Julgamento realizada em 05/02/2018, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, para emissão de opinativo sobre o posicionamento do Estado para a situação concreta acerca da matéria atinente ao Decreto nº 14.213/12, com base nas seguintes considerações:

- considerando a publicação em 08.08.2017 da Lei Complementar nº 160/2017, dispondo sobre a regularização, por parte dos Estados, dos benefícios fiscais concedidos em desacordo com a Lei Complementar nº 24/75 e com o artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal;
- considerando que a Lei Complementar nº 160/2017 possibilita que os benefícios fiscais que não tenham sido objeto de autorização por convênio sejam objeto de regularização.
- considerando que o Decreto nº 18.219/2017 (DOE de 26/01/2018), REVOGOU com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018, na integralidade o Decreto nº 14.213/2012, o qual tratava sobre o tema da Glosa Fiscal no Estado da Bahia, em relação à vedação e quais créditos seriam admitidos para fins de dedução no cálculo da Antecipação Parcial do ICMS.
- e, por fim, considerando a Aprovação do Convênio 190/17, o qual dispõe sobre a remissão dos créditos tributários, decorrentes da concessão de benefícios fiscais do ICMS em desacordo com

a Lei Complementar nº 24/75 e com o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal (ou seja, sem autorização por convênio ICMS);

Em Parecer exarado pelo i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, após tecer as considerações sobre as determinações legais, chegou-se a conclusão de que, após a edição da Lei Complementar 160/17, buscou-se uma regularização em todo País dos benefícios fiscais concedidos ao arrepio da LC 24/75, bem como do art. 155, §2º, XII, ‘g’ da Constituição Federal, ou seja, incentivos concedidos pelos Estados sem suporte num Convênio Interestadual.

Informa que, dentro do prazo estipulado pelo Legislador Complementar, o CONFAZ, no prazo de 180 dias, por conduto do Convênio ICMS 190/17, autorizou o quanto disposto no art. 160/17, restando necessário para a reinstituição do benefício o cumprimento de alguns requisitos.

Da análise das Cláusulas segunda e terceira, conclui o n. Procurador que a convalidação dos benefícios fiscais, com a consequente remissão de créditos tributários já constituídos, está na dependência de que o ato normativo correspondente seja inserido, pelo Estado concedente, em relação publicada em Diário Oficial. E que, o Estado da Bahia, por intermédio do Decreto nº 18.219/17, houve a remissão do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração em testilha, revogando expressamente o Decreto nº 14.213/12 (vigente à época do lançamento), que vedava créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da LC 24/75.

Portanto, afirma que o requisito estabelecido pelo Convênio ICMS 190/17 para remissão de créditos devidamente constituídos, especificamente “ato normativo” publicado pelo Diário Oficial, precisamente o Decreto nº 18.219/17.

Todavia, aponta que, compulsando os autos, não resta certificado o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados no inciso I do caput desta cláusula, inclusive os correspondentes atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ.

Assim sendo, salienta o Procurador que se faz necessário sejam colacionados aos autos tal prova, documento este necessário e indispensável para concreção da remissão, com amparo na LC 160/17 e Convênio CONFAZ 190/17.

Em Despacho proferido, a Procuradora Assistente Dra. Paula Morris Matos informa que acolheu parcialmente o opinativo do Procurador, todavia, em suas razões, corrobora com sua explanação, concluindo que, no caso em apreço, para a concretização da remissão aventada, necessário se afigura que as condicionantes acima elencadas sejam demonstradas no presente processo à luz do disposto na LC 160/17 e Convênio CONFAZ 190/17.

Em manifestação, o Contribuinte aduz que não foi intimado do Parecer, mas que, após comparecimento espontâneo, obteve acesso ao Parecer da Procuradoria Geral do Estado.

Informa que a empresa recorrente se defende sob a alegação de que jamais teria aproveitado qualquer um dos benefícios fiscais supostamente concedidos de forma irregular pelos Estados de origem. Além disso, afirma que a prova carreada aos autos é plenamente suficiente para corroborar a regularidade dos créditos observados pela Empresa e questionados pela fiscalização.

Assim, alega que, como o Estado ainda não regulamentou o procedimento a ser observado pela desistência dos feitos administrativos que versem a respeito de temas ligados a guerra fiscal, mais precisamente em decorrência da edição da LC 160/17, caso não se entenda pela procedência do Recurso Voluntário, necessário se faz a suspensão do processo até que o procedimento de desistência seja regulamentado.

Informa a juntada complementar de documentos suficientes para afastar as infrações 01 e 02 do Auto de Infração, eis que ao contrário do apontado pela fiscalização, na verdade, não usufruiu qualquer benefício fiscal junto aos Estados de origem das operações autuadas – não havendo

qualquer razão em prosperar a acusação fiscal de que utilizaria os benefícios citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.

Afirma a juntada de cópias dos livros de apuração do ICMS das filiais de origem, demonstrando não haver qualquer ajuste a indicar o suposto aproveitamento de créditos fiscais, bem como requereu a juntada de arquivos do recurso de entrega da escrituração fiscal referente às filiais, com o objetivo de atender a manifestação fiscal acostada aos autos.

Esclarece que o valor constante na folha 16 da escrituração no CD (doc. 03 da impugnação), na rubrica “outros créditos”, no total de R\$658.647,09, encontra-se devidamente discriminado na folha 17, e que em nada se relaciona com os benefícios fiscais relacionados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12.

Ademais, afirma que no intuito de comprovar que suportou a carga tributária “cheia”, requereu a juntada da EFD acompanhada do recibo de entrega e arquivo do recibo de entrega da Escrituração Fiscal, referentes às filiais de origem (doc. 01 da mídia anexada ao Recurso Voluntário).

Entretanto, apesar de entender que o acervo probatório já é suficiente para comprovar suas alegações, a recorrente informa que a empresa apresentou junto aos Estados de origem das operações autuadas solicitações para obtenção de declarações que comprovem a inexistência de qualquer benefício fiscal em aproveitamento nas hipóteses vergastadas (doc. 01).

Esclarece, na oportunidade, que a aba “resumo”, do demonstrativo elaborado, indica os valores autuados por origem, enquanto que as demais, separadas por cada unidade, destaca e descreve o motivo dos lançamentos como “outros créditos”.

Junta, ainda, arquivos eletrônicos das apurações de ICMS das Unidades de Origem envolvidas com o devido destaque para os lançamentos “outros créditos”, e maneira a confrontar as informações constantes do demonstrativo disponibilizado em mídia física (doc. 03).

Assim, a recorrente reitera o pedido de procedência do Recurso Voluntário e, caso não se entenda desta forma, eventualmente a suspensão do processo até que o procedimento de desistência seja regulamentado.

Em Sessão de Julgamento realizada em 16 de agosto de 2018, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, após análise dos documentos apresentados pela recorrente decidiu, com base no art. 137, § único do RPAF converter o feito em diligência ao autuante para que este se manifestasse.

Em resposta, a fiscal autuante afirma que: *“analisando a documentação apresentada, foram identificados os arquivos da EFD em meio magnético no formato TXT e os recibos em meio magnético no formato PDF. Para averiguar a veracidade dos arquivos da EFD a fiscalização dispõe do SPED. Este sistema exige o arquivo da EFD em meio magnético TXT e o recibo em meio magnético no formato REC.”*.

Explica que nem todos os arquivos da EFD foram entregues e a autuada foi intimada a apresentar os faltantes, conforme cita à fl. 311/312.

Informa que a autuada enviou apenas a EFD, exceto a da filial com CNPJ 61.074.506/0001-30, alegando que não possui documentos referentes a esta empresa, por não fazer parte da gestão de seu controle. Os arquivos intimados dos recibos não foram apresentados.

Assim, assevera que a documentação apresentada não pode ser validada as ECF apresentadas, sendo assim, impossível fazer qualquer revisão no PAF.

Conclui pela manutenção do Auto de Infração.

Em manifestação (fls. 332/337), o contribuinte informa que fornece em mídia física (CD – anexo) os recibos em meio magnético no formato REC de maneira que os arquivos da EFD em formato TXT já acostados possam ter sua veracidade averiguada.

Ato contínuo, afirma que, no que se refere a remissão prevista pela LC 160/17 c/c Convênio ICMS 190/17 do CONFAZ, a partir da qual o Estado da Bahia editou o Decreto nº 18.219/18, que revogou expressamente o Decreto nº 14.213/12 - utilizado pela autoridade fiscal para consubstanciar o

lançamento em debate -, considerando que a PGE apresentou Parecer (fls. 281/289) indicando que seria necessária a comprovação nos autos dos requisitos postos pela regulamentação federal para que o benéfico instituído fosse considerado, com o cancelamento da infração, imperioso se faz demonstrar que os supostos benefícios fiscais concedidos indevidamente pelos Estados de origem das operações autuadas foram devidamente declarados pelas Unidades da Federação responsáveis.

Diz que a empresa discorda do entendimento fazendário no sentido de que teria se valido dos supostos benefícios fiscais ilegais, entretanto, a fim de dar aplicabilidade às previsões da LC 160/17 e do Convênio ICMS 190/17 do CONFAZ ao caso dos autos, junta os comprovantes obtidos junto ao sítio eletrônico do CONFAZ que comprovam o atendimento pelas Unidades federadas dos requisitos previstos, bem como a publicação de seus atos legais nos quais foram veiculados os supostos benefícios indevidamente concedidos aos contribuintes.

Assim, quanto ao estado de Minas Gerais, foi publicado o Decreto nº 47394/2018 no qual o Crédito presumido de 3% previsto pelo art. 75, XIV, 'a', do RICMS/MG e apontado pelo Decreto Baiano nº 14.213/12, como ilegal, foi devidamente relacionado no item 340 de seu anexo I.

Em Goiás, foi publicado o Decreto nº 9193/2018, no qual o crédito outorgado de 3% sobre o valor da operação, previsto no art. 11, III do anexo IX do RICMS/GO e apontado pelo Decreto Baiano 14.213/12 como ilegal, foi devidamente relacionado no item 3 do seu anexo IV.

No Espírito Santo, foi publicada a Portaria nº 09-R/2018, na qual a carga tributária de 1,1% do art. 530-L-R-K do RICMS/ES e apontada pelo Decreto Baiano nº 14.213/12 com ilegal, foi devidamente relacionado no item 65 de seu anexo único.

Destaca que o crédito presumido de 5% sobre o imposto devido, acrescido do incentivo cumulativo de 2,2% previsto pelo art. 926 das Disposições Transitórias do RICMS/ES e indicado pelo Decreto Baiano nº 14.213/12 como supostamente ilegal, não foi elencado pela Portaria nº 09-R/2018 do Estado Capixaba – fato que denota a procedência da argumentação do contribuinte no sentido de que não teria se valido de benefício fiscal ilegal em desfavor do Estado da Bahia.

Repisa que, a despeito do entendimento manifestado pela PGE no parecer de fls. 281/289, no sentido de que a revogação do Decreto nº 14.213/12 pelo Decreto nº 18.219/18 não seria suficiente para confirmar a necessidade de cancelamento do Auto de Infração, estando à hipótese atrelada à remissão inculpada pela LC 160/17, este CONSEF vem adotando o posicionamento de que, diante da revogação do referido Decreto, bem como do cumprimento pelos Estados Federados dos requisitos postos pela LC 160/17 c/c Convênio ICMS 190/17 do CONFAZ, necessário se faz o cancelamento dos lançamentos que envolvam a exigência de créditos tributários em virtude de supostos aproveitamentos de benéfico fiscais concedidos á margem do CONFAZ.

Cita como exemplo o julgado da 1ª JFJ (PAF 232941.3010/16-1).

Assim, reitera que jamais se valeu de benefícios fiscais ilegais, ao contrário do sustentado pela fiscalização, a Empresa entende que logrou êxito em elidir todas as acusações fiscais contra si formuladas, tendo esclarecido pormenorizadamente a realidade dos fatos alegados, sendo incontroversa a inobservância de qualquer benefício fiscal supostamente concedido à margem do Confaz nos Estados de origem, tendo ainda demonstrado a regularidade de suas operações.

Por fim, requer seja encaminhado os autos para a fiscalização, a fim de que possa ser averiguada a veracidade da documentação complementar apresentada, devendo o Recurso Voluntário ser acolhido em virtude das razões apresentadas, devendo ser reformada a decisão de piso com o reconhecimento da improcedência do lançamento combatido.

Ad argumentandum, requer, após ouvida a PROFIS, o cancelamento do crédito tributário exigido em virtude da revogação do Decreto nº 14.213/12 pelo Estado da Bahia, após a edição da LC 160/17, tendo os requisitos legalmente postos aos Estados Federados envolvidos nas operações de origem sido devidamente cumpridos, como demonstrados.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da cobrança de utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com o benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Consta na descrição da infração que: *O contribuinte recebeu mercadorias de Estados que concedem crédito presumido vedado pelo Decreto 14.213/12. É vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas nos itens do Anexo Único do citado Decreto. O crédito do ICMS neste caso, somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme Anexo Único do Decreto 14.213/12, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014 no valor de R\$2.863.802,08;*

Desse modo, a autuação entendeu pela multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo que o ICMS admitido está de acordo com o § 2º do art. 1º do Decreto nº 14.213/12, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, no valor de R\$4.082.165,61.

Inicialmente, quanto à nulidade aventada pelo recorrente, entendo que a mesma não deve prosperar, eis que toda a formulação do Auto de Infração em análise obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, tendo o contribuinte se insurgido contra a acusação que lhe foi imposta de maneira detalhada, inexistindo inépcia da peça fiscal, muito menos prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Ultrapassadas a preliminar de mérito, adentremos a análise das razões recursais.

Primeiramente, a empresa autuada nega a utilização dos benefícios listados pela autuação referentes aos créditos presumidos nos Estados de GO, MG e ES. No intuito de demonstrar o alegado, apresentou em sede recursal a sua EFD. Subsidiariamente, contestou a ilegalidade do Decreto nº 14.213/12, fundamentando sua defesa na guerra fiscal entre os Estados.

Com base no art. 137 do RPAF/99, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à INFAZ de origem para que a autuante se manifestasse a cerca da EFD apresentada. Contudo, o confronto da EFD com o SPED não foi realizado, uma vez que a EFD deveria estar em formato REC e não em formato PDF, o que inviabilizou o fazimento da revisão fiscal.

Intimado, o contribuinte não apresentou o documento solicitado, fazendo-o posteriormente à realização do trabalho revisional.

Todavia, neste momento processual, entendo que a análise das provas apresentadas encontra-se superada, tendo em vista que a matéria referente ao Decreto nº 14.213/12, o qual foi revogado por meio do Decreto nº 18.219/2017 (DOE de 26/01/2018), bem como a edição da LC 160/2017, a qual autoriza os Estados e o Distrito Federal a deliberarem, via Convênio sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, são suficientes para a elucidação da lide.

Explico.

Em seu art. 3º, a LC 160/17 estipula em seus incisos I e II os requisitos para a remissão dos créditos e reinstituição das isenções, incentivos e benefícios fiscais, quais sejam:

Art. 3º O convênio de que trata o art. 1º desta Lei Complementar atenderá, no mínimo, às seguintes condicionantes, a serem observadas pelas unidades federadas:

I - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais abrangidos pelo art. 1º desta Lei Complementar;

II - efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária

(Confaz), da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais mencionados no inciso I deste artigo, que serão publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, que será instituído pelo Confaz e disponibilizado em seu sítio eletrônico.

Tal dispositivo foi recepcionado pelo Convênio 190/17, em sua cláusula segunda o referido Convênio dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstuições.

Destaca-se que o § 2º da cláusula segunda do referido Convênio ICMS 190/17 condiciona a fruição (e não o reconhecimento) da anistia ou remissão dos créditos tributários decorrentes dos benefícios fiscais concedidos inconstitucionalmente à desistência dos seguintes atos:

§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula e o disposto na cláusula décima quinta ficam condicionadas à desistência.

I - de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, nos autos judiciais respectivos, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais;

II - de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;

III - pelo advogado do sujeito passivo da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada.

As operações realizadas pela empresa autuada foram originadas dos Estados de MG, GO e ES. A autuação baseou-se no entendimento de que era vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas nos itens do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, o qual determinava o percentual da base de cálculo admitido.

No caso dos autos, os itens foram:

INFRAÇÃO	% BASE DE CÁLCULO ADMITIDO	UF	ITEM DO DECRETO
1	0	ES	4.1
1	1	ES	4.2
1	3	MG	2.1
1	9	GO	1.12
2	0	ES	4.1
2	1	ES	4.2
2	3	MG	2.1

Compulsando o Anexo Único do referido Decreto, os itens dizem respeito às seguintes operações:

MINAS GERAIS

2.1 Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista. Crédito presumido, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovidas pelo contribuinte, resulte em no mínimo 3% - Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG. 3% sobre a base de cálculo

GOIÁS

1.12 Outras mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou atacadista. Crédito outorgado de 3% sobre o valor da operação - Art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO. 9% sobre a base de cálculo

ESPÍRITO SANTO

4.1 Mercadorias importadas. Crédito presumido de 7,2% sobre o imposto devido, acrescido do incentivo cumulativo no montante de 2,2% da base de cálculo de que decorrer a saída da mercadoria – Art. 926 das Disposições Transitórias do RICMS/ES. 4,8% sobre a base de cálculo.

4.2 Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista. Carga tributária de 1% - Art. 530-LR-B do RICMS/ES 1% sobre a base de cálculo.

Em sede de manifestação, o Contribuinte juntou aos autos comprovantes obtidos junto ao sítio eletrônico do Conselho Nacional de Política Fazendária, os quais comprovam o atendimento pelas

Unidades Federadas dos requisitos previstos, bem como a publicação de seus atos legais nos quais foram veiculados os supostos benefícios indevidamente concedidos aos contribuintes.

Em relação ao Estado de Minas Gerais, foi publicado o Decreto nº 47.394, no qual o crédito presumido de 3% previsto pelo art. 75, XIV, 'a' do RICMS/MG, apontado pelo Decreto nº 14.213/12 como ilegal, foi devidamente relacionado no item 340 do seu Anexo I. (fl. 339/340).

Já em relação ao Estado de Goiás, foi publicado o Decreto nº 9.193/2018, no qual o crédito outorgado de 3% sobre o valor da operação, previsto pelo art. 11, III do anexo IX do RICMS/GO, apontado pelo Decreto nº 14.213/12 como ilegal, foi devidamente relacionado no item 3 de seu anexo IV. (fl. 342/344).

No pertinente ao Estado do Espírito Santo, foi publicada a Portaria nº 09-R/2018, na qual a carga tributária de 1,1% do art. 530 L-R-B, apontado pelo Decreto nº 14.213/12 como ilegal, foi relacionada no item 65 do seu anexo único (fl. 346/348).

Impende esclarecer neste item que o art. 530 correto é o L-R-B e não o art. 530 L-R-K, como consta no anexo da Portaria. Trata-se de um erro de digitação, já que o próprio RICMS/ES apresenta o art. 530 L-R-B (Capítulo XXXIX-A, Seção IX-B) como mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, inexistindo o art. 530 L-R-K.

Outro ponto importante é que o art. 926 das Disposições Transitórias do RICMS/ES, indicado no Decreto nº 14.213/12 o qual previa o incentivo cumulativo de 2,2% não mais vigia à época dos fatos geradores, eis que foi revogado pelo Decreto nº 3.235-R de 25.02.13, com efeitos a partir de 26.02.13, o que demonstra ainda mais que o contribuinte não se valeu de benefício fiscal ilegal.

Deste modo, tendo em vista que o Convênio ICMS 190/17 regulamentado o conteúdo da LC 160/17, que autorizou a convalidação dos incentivos fiscais de ICMS concedidos à margem do CONFAZ, e cumpridos os requisitos estipulados e acima transcritos, além do efeito retroativo às disposições, fica afastado todo o eventual passivo existente.

Por tais razões, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, sendo IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0008/16-5**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 janeiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS