

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0004/17-3
RECORRENTE - M. M. MENDONÇA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0045-02/18
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-11/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Mercadorias cujo imposto destacado na Nota Fiscal não estava incluído na lista do Anexo I do RICMA/BA retiradas da autuação. Desnecessidade de comprovação do pagamento do imposto destacado pelo fornecedor. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JJF em 27/02/2019 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$39.362,09, em decorrência do cometimento de oito infrações, sendo que apenas a Infração 02 foi objeto de defesa.

Infração 02. – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, março, agosto, novembro e dezembro de 2016. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 29/02/2016 e 31/12/2016. Valor: R\$ 4.592,77.

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe nos seguintes termos:

“Conforme já relatado, em sua impugnação o autuado reconheceu como procedentes as Infrações 01 e 03 a 08. Dessa forma, em relação a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, as Infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07 e 08 são procedentes.

Quanto à Infração 02, o autuado questionou a apuração do montante do crédito fiscal que foi considerado pelo autuante como indevido, pois entende que utilizou os referidos créditos em conformidade com o previsto no §3º do art. 292 do RICMS-BA/12.

Efetivamente, o §3º do art. 292 do RICMS-BA/12 prevê que “Poderão ser utilizados como crédito fiscal, pelo destinatário, tanto o imposto da operação normal destacado no documento como o imposto pago por antecipação, sempre que o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sido feita a cobrança antecipada do imposto”.

No caso em tela, o autuante acatou parcialmente a alegação defensiva e refez a apuração do imposto a recolher, deduzindo os valores atinentes às mercadorias que não estavam incluídas no regime de substituição tributária e que efetivamente tiveram o imposto pago por antecipação de forma indevida. Em consequência dessa retificação, os valores devidos nos meses de fevereiro e agosto de 2016 passaram para, respectivamente, R\$ 501,64 e R\$ 63,84. O autuado foi notificado acerca da informação fiscal, porém não se pronunciou.

Acato as retificações efetuadas na informação fiscal, pois estão respaldadas em documentos probantes trazidos na defesa e, além disso, essas correções foram realizadas pelo próprio auditor que efetuou a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em comento. Ademais, as retificações não foram contestadas pelo autuado, o que interpreto como uma concordância tácita com os novos valores apurados pelo autuante.

Dessa forma, os valores exigidos nos meses de fevereiro e agosto de 2016 passam para R\$501,64 e R\$63,84, respectivamente, mantendo-se inalterados os débitos atinentes aos demais meses. Em consequência, a Infração

02 subsiste em parte no valor de R\$4.207,73.

Face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 39.291,25, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO N°	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	1.041,90
02	PROCEDENTE EM PARTE	4.207,73
03	PROCEDENTE	7.651,91
04	PROCEDENTE	3.533,01
05	PROCEDENTE	240,55
06	PROCEDENTE	124,30
07	PROCEDENTE	18,13
08	PROCEDENTE	22.159,52
TOTAL	--	38.977,05

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 698/704)**, com base nas seguintes alegações:

- a) Afirma que o Autuante em sua informação fiscal considerou equivocadamente que os produtos de NCM 3206.1130, 3206.4990, 3204.1700 e 3208.9039 estariam enquadrados no Anexo I do RICMS/BA no período em que ocorreram os fatos geradores. Aduz que tais produtos foram retirados do Anexo I com o advento do Decreto nº 16.499/2015, à exceção dos produtos de NCM 3206.1130 e 3206.4990;
- b) Ressalta que a própria SEFAZ emitiu documento listando os produtos que foram retirados da ST pelo Decreto nº 16.499/2015, conforme se verifica do seguinte endereço: www.sefaz.ba.gov.br/especiais/RICMS_Produtos_Retirados_da_ST.pdf;
- c) Ressaltou que o produto de NCM 3204.1700 somente foi reinserido na substituição tributária mediante o Decreto nº 17.303/2016, publicado no Diário Oficial em 28/12/2016;
- d) Alega que tem direito ao crédito destacado pelos fornecedores a título de ST, com relação a tais mercadorias, nos termos em que dispõe o § 3º, do art. 292 do RICMS/BA, sem necessidade de apresentação de declaração do remetente atestando o recolhimento do imposto indevido, de modo que, assim, a Infração 02 é completamente indevida e deve ser retirada da autuação, não sendo devida a exigência do comprovante do recolhimento feita pelo Autuante;
- e) Destaca eu essa situação ocorreu com as Notas Fiscais nºs 31358 e 231284, no tocante aos produtos de NCM 32141010, 32141020 e 38249031 reconhecidos pelo Autuante como fora da ST.

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de oito infrações, sendo que apenas foi objeto de impugnação a Infração 02, tipificada como “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária”.

O sujeito passivo alega, em síntese, que a Infração 02 seria improcedente pois os produtos de NCM 3206.1130, 3206.4990, 3204.1700 e 3208.9039 não estariam sujeitos à substituição tributária no período de ocorrência dos fatos geradores, e que com relação às Notas Fiscais nºs 31.358 e 231.284, os produtos de NCM 3214.1010, 3214.1020 e 3824.9031, cujo regime de tributação normal foi reconhecido pelo Autuante, e cujo destaque do imposto por ST encontra-se na Nota, dão direito ao crédito mesmo sem comprovação do recolhimento pelo fornecedor, nos termos do § 3º do art. 292 do RICMS/BA, posto ter sido o destaque indevido.

Inicialmente observo que não procede a alegação do Recorrente com relação aos NCM'S 3206.1130, 3206.4990, 3204.1700 e 3208.9039, pois conforme se verifica do Anexo I do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores, tais produtos se encontram nos itens 16.1 e 16.2. Assim,

estando sujeitos à substituição tributária não poderia o Recorrente ter se creditado do montante destacado na Nota Fiscal.

No tocante à necessidade de demonstração do recolhimento do tributo destacado por parte do fornecedor, no caso das mercadorias de NCM 3214.1010, 3214.1020 e 3824.9031, que se encontram fora da ST, é preciso destacar o quanto disposto no § 3º do art. 292 do RICMS/BA:

Art. 292. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).

§ 3º Poderão ser utilizados como crédito fiscal, pelo destinatário, tanto o imposto da operação normal destacado no documento como o imposto pago por antecipação, sempre que o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sido feita a cobrança antecipada do imposto.

Da leitura do mencionado dispositivo, observa-se que o legislador permitiu o creditamento do imposto normal e do imposto por substituição destacados na Nota Fiscal, sempre que o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que por qualquer razão tenha sido realizada a cobrança antecipada do imposto. Não há qualquer exigência, portanto, de comprovação pelo Recorrente do recolhimento realizado pelo fornecedor das mercadorias, de modo que é forçoso reconhecer o direito ao crédito pleiteado por ele.

Sendo assim, devem ser excluídos da Infração 02 o montante de R\$233,06 e R\$93,26 referente às Notas Fiscais nºs 31358 e 231284, respectivamente.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de modo a reduzir o montante devido pela Infração 02 para R\$3.881,41, nos seguintes termos:

Data da Ocorrência	Valor Histórico
29/02/2016	R\$ 310,00
31/03/2016	R\$ 125,53
31/08/2016	R\$ -
30/11/2016	R\$ 468,87
31/12/2016	R\$ 2.977,01
Total	R\$ 3.881,41

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0004/17-3, lavrado contra **M. M. MENDONÇA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$38.650,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.491,21 e 100% sobre R\$22.159,52, previstas no art. 42, incisos II, “a”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS