

PROCESSO - A. I. Nº 232151.0005/18-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SÃO BENTO COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0080-03/19
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0146-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NA FORMA DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17, e do Convênio ICMS 190/17. Infração insubsistente. Aplicação do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, em relação às preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a decisão de primeiro grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra pela Improcedência da autuação ao reconhecer que, atendidos os requisitos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17, deve-se afastar a cobrança do ICMS-Antecipação decorrente do aproveitamento de incentivos fiscais unilateralmente outorgados por outras unidades da federação, em desatenção ao que anteriormente dispunha a Lei Complementar nº 24/75.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado, ao tempo da prolação da decisão, do montante de R\$205.267,16 (fl. 144).

O Auto de Infração fora lavrado em 05/03/2018. A única acusação de que o mesmo cuida, atinente aos períodos de apuração do exercício fiscal de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, foi a seguinte:

Infração 01 – 07.21.04: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 321, VI, “b”, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Afirmou a 3ª JJF que, com efeito, a Infração foi afastada, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

Inicialmente, verifico que o ato administrativo de lançamento foi praticado por agente capaz, ou seja, por um agente de tributos estaduais, no exercício de sua competência funcional, por se tratar de empresa inscrita no Simples Nacional, a teor do que dispõe o art. 107, §3º da Lei nº 3.956/1981.

No que diz respeito às demais preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, efetivamente constato que os

papeis de trabalho, desenvolvidos na ação fiscal, que fazem parte integrante do Auto de Infração, objeto em análise, a exemplo do “Resumo do Demonstrativo Calculo Semi Elaborado Analítico” e “Relatório Mercadoria Crédito ICMS Submetido à Glosa”, constantes do CDR à fl. 15, não são suficientes para a fundamentação da autuação.

Entretanto, na forma do artigo 155 do RPAF/99, em seu parágrafo único, que estabelece que “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”, a nulidade foi superada, inclusive consubstanciada em parecer, objeto de diligência à PGE, onde se evidenciou a conveniência de se adentrar ao mérito da lide.

Em preliminar de mérito, o contribuinte suscitou a decadência de parte do crédito tributário reclamado em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 09/03/2013, visto ter tomado ciência do lançamento em 09/03/2018, de forma que teria havido o transcurso de mais de cinco anos, dentro da sistemática de contagem do prazo estabelecida no art. 150, §4º do CTN.

Verifico que o caso em exame, trata de lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, sob acusação de que houve o recolhimento a menor da antecipação parcial, situação que se enquadra perfeitamente na regra contida no §4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Esse entendimento foi, inclusive, objeto de Consolidação no Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 da PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia), com o seguinte teor:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando:

a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código.

Portanto, para a situação em exame, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, ou seja, tendo a ciência do A.I. por parte do contribuinte ocorrida em 09/03/2018, os fatos geradores ocorridos até 09/03/2013 foram alcançados pela decadência, encerrando-se o prazo para que o fisco pudesse lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Considerando que o presente ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 09/03/2018, os fatos geradores ocorridos em janeiro e fevereiro de 2013 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nessas datas ficam de logo extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extiguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, acusando o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às mercadorias

provenientes de fora do Estado.

O recolhimento a menos do imposto devido por antecipação parcial no presente processo, relativo a mercadorias provenientes dos Estados do Espírito Santo e da Paraíba, decorreu da aplicação do disposto no Anexo único do Decreto nº 14.213/2012. O referido decreto previa que para as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, do Estado da Paraíba, o crédito admitido pelo Estado da Bahia seria de 3% sobre a base de cálculo. Para as mercadorias provenientes de estabelecimento atacadista, do Estado do Espírito Santo, o crédito admitido seria de 1% sobre a base de cálculo. Tudo conforme planilhas e demonstrativos que fazem parte integrante deste Auto de Infração, CD média à fl. 15.

No caso concreto, portanto, o autuante admitiu apenas o crédito de 3%, nas operações originárias do Estado da Paraíba e de 1% nas operações originárias do Estado do Espírito Santo, ao invés de 7%, para as mercadorias provenientes de estabelecimento atacadista, conforme constava no Anexo único do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Em virtude da edição da Lei Complementar nº 160/2017, instituída com o objetivo de encerrar a “guerra fiscal” do ICMS e a subsequente inserção no cenário jurídico do Convênio ICMS 190/2017, o processo foi convertido em diligência para que a PGE emitisse Parecer a respeito dos efeitos jurídicos do citado Convênio.

A PGE emitiu Parecer (fls. 122 a 126), informando que se fazia necessário aguardar, para julgamento, o cumprimento de requisitos necessários e indispensáveis para concreção da remissão, com amparo na Lei Complementar nº 160/17 e Convênio CONFAZ 190/17.

Cumpridos os requisitos acima mencionados, ou seja, 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, inclusive os correspondentes atos normativos, para serem publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, o processo ficou concluso para julgamento.

Portanto, para deslinde da lide, inicialmente cumpre observar que a Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017, permitiu que mediante convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem 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.

Em decorrência disso, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e 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 reinstituições.

Em cumprimento ao prazo estabelecido no inciso I, da cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17 - da mesma forma como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto nº 18.270/18 -, os Estados publicaram, em seus respectivos Diários Oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, visando à remissão dos eventuais créditos tributários existentes.

Como acima já exposto, no presente caso, as planilhas elaboradas pelo autuante indicam que a diferença de imposto apurada se referiu aos itens do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, decorrentes de operações realizadas entre empresas localizadas nos Estados do Espírito Santo e Paraíba, e o estabelecimento autuado.

Os referidos itens dizem respeito a benefícios concedidos, por meio de suas legislações internas específicas, pelos Estados acima mencionados que, visando remissão dos créditos tributários, publicaram ato normativo - indicando os benefícios que constam do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 - em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17.

Por sua vez, o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17

Diante disso, com base na remissão dos créditos tributários relativos a benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, processado nos termos do Convênio ICMS 190/17, a infração é insubsistente, restando extinto o crédito tributário.

Vale ainda ressaltar, que tal entendimento já se encontra prevalente neste CONSEF, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos JJF 0160-02/18 e 0235-04/18, no sentido de atrelar a decisão ao mero cumprimento do Convênio ICMS 190/17.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Em petição de fls. 154-3, o Sujeito Passivo declarou que renuncia a defesa relação ao crédito tributário.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 18/06/2020, para julgamento.

Ressalta se fez presente o advogado, devidamente habilitado, Dr. Fernando marques Villa Flor na sessão de julgamento do dia 18/06/2020.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 3ª JF, após acolher o Parecer e o Despacho exarados pela Ilustre PGE/PROFIS (fls. 122/126), ao entender que o incentivo fiscal incidente nas operações anteriores e perante outras unidades de federação restara convalidado com o advento da legislação instituidora de um autêntico “armistício fiscal” em torno dos incentivos fiscais unilateralmente instituídos.

Manifestei-me sobre o tema já nos idos de 2014, conforme publicado no Portal Migalhas (<https://www.migalhas.com.br/depeso/206739/protocolo-de-intencoes-tera-consequencia-direta-para-contribuintes>, acesso em 08/05/2020).

Deveras, após aquele Convênio ICMS nº 70, de 29/07/2014 (um autêntico “protocolo de intenções”, que adveio do severo risco de edição por parte do Supremo Tribunal Federal de Súmula Vinculante então já com proposta de edição, em torno da inconstitucionalidade dos incentivos fiscais unilaterais), foram editados a Lei Complementar nº 160/17 (em certa medida, flexibilizadora dos excessos cometidos pelos entes da federação antes de sua edição); o Protocolo ICMS nº 190/17 (regulamentador da Lei Complementar nº 160/17), fixando os procedimentos a serem adotados por entes federados e também por contribuintes para que os benefícios usufruídos não originassem autuações.

Nessa esteira, o Estado da Bahia revogou via Decreto nº 18.219, de 27/01/2018, as normas defensivas insculpidas no Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, acenando com a possibilidade de manutenção dos benefícios convalidados por meio da legislação de regência e das providências adotadas pelos Estados (entre elas, a publicização dos incentivos).

Cumprir registrar que, a despeito de o órgão julgador de piso não haver instado o Sujeito Passivo a tanto, este veio aos autos em 17/06/2020 para declarar renúncia da defesa do crédito tributário.

Desnecessário dizer mais.

Uma vez observado que os Estados da Paraíba e do Espírito Santo cumpriram com as disposições da legislação de regência em torno do “armistício fiscal dos incentivos unilaterais” e uma vez que o Sujeito Passivo declarou que não ingressara em juízo para discutir a ilegalidade da constituição de créditos tributários a partir glosa dos benefícios anteriormente aplicados, a 3ª JF agiu bem em superar as nulidades do lançamento e afastar o mérito da autuação, como aliás têm decidido ambas as Turmas deste Conselho:

*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. (Internet em 08/02/2018)

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0207-12/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Aquisição de algodão em pluma oriundo do Estado de Mato Grosso com apropriação de crédito fiscal pelo destinatário em percentual superior ao admitido no item 6.1 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12. A publicação da Lei Complementar nº 160/17 e a celebração do Convênio ICMS 190/17 provocaram a remissão dos créditos tributários constituídos em decorrência das aquisições de algodão em pluma ocorrida nos termos do item 6.1 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime. (Internet em 23/08/2019)

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232151.0005/18-0**, lavrado contra **SÃO BENTO COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS