

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0026/19-9
RECORRENTE - C N FARIA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0195-03/21-VD
ORIGEM - SAT/DAT SUL/INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias com fase de tributação encerrada. O autuado não apresenta provas que se contraponha a acusação fiscal. A situação descrita nos autos não configura como inconsistência passível de retificação, na forma prevista pelo art. 247, § 4º do RICMS/BA. Infração subsistente. Não acolhida nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata(m)-se de Recurso(s) Voluntário interposto(s) em face do Acórdão nº 0195-03/21-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/09/2019 no valor histórico de R\$844.551,09, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

***Infração 01.** 01.02.06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Preliminarmente, o defendente com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requereu que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira – OAB/BA 44.711, no endereço constante do rodapé da sua petição, sob pena de nulidade.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido e sejam enviadas as intimações sobre o presente processo no endereço indicado. Assinalo, por devido, que as citações e intimações a respeito do processo administrativo fiscal, são regidas pelos artigos 108 e 109, ambos do RPAF/99. Assim, o não atendimento desta solicitação não implicaria irregularidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ.

O defendente arguiu nulidade, sob a alegação de que, como a ação fiscal foi baseada na EFD, deveria ter sido intimada para corrigir as inconsistências de sua Escrituração Fiscal Digital como determina o artigo 247, § 4º, do RICMS/BA (vigente há época da ocorrência).

Esta alegação será tratada como mérito e será devidamente apreciada oportunamente.

Analizando todos os elementos que compõem o presente processo, constato que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação e na informação fiscal. O quantum devido está detalhadamente demonstrado nas planilhas que foram entregues ao Autuado, conforme Termo de Entrega dos demonstrativos fls.09/11, contidos no CD fls.15/16.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em

exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Dessa forma, no que tange à mencionada infração, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018.

A matéria está normatizada, no art. 9º da Lei 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 9º. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de Tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Por sua vez, o art. 290 do RICMS/2012, assim determina:

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

De fato, as operações que compõem a exigência fiscal, são com mercadorias enquadradas no regime de substituição como: iogurte, coxa de frango, fralda descartáveis, absorventes etc. São operações internas conforme cópia de notas fiscais a título de exemplo, fls.13/14 emitidas de um estabelecimento de Barreiras – Bahia.

O defendente não negou este fato, nem apontou erro de cálculo na apuração do imposto. Sua contestação abordou duas linhas de entendimento: a) a autuação teve por base sua EFD, portanto deveria ter sido intimado e dado o prazo de 30 dias para correções de possíveis inconsistências, o que não aconteceu; b) a fiscalização deixou de observar, que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017, revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava devido o imposto por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º do Decreto revogado.

Saliento que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e substitui livros fiscais.

Observe que o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, e a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, pois tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal.

No presente caso, o contribuinte foi autuado, porque utilizou créditos fiscais decorrentes da aquisição de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, violando assim, o supramencionado art. 290 do RICMS/2012.

Portanto, é importante ressaltar, que a situação acima descrita, não se afigura como uma mera inconsistência passível de retificação, mas de erro continuado com reflexos no recolhimento do imposto, ou seja, “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de entradas de mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária”, em períodos sequenciados.

Nesta situação, caberia ao autuado, de posse da planilha elaborada pelo Autuante, comprovar que o registro indevido de tais créditos em sua EFD, não repercutiu na falta de recolhimento do imposto, no entanto, este procedimento foi totalmente ignorado pelo autuado, fato este que, ao meu ver, confirma a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal.

Convém aqui registrar, que o levantamento fiscal ocorreu com base na escrita oficial e legítima do autuado, consoante se verifica nos autos, com base nos arquivos digitais transmitidos pelo próprio defendente.

O segundo argumento defensivo, é de que no caso em apreço, os valores constantes no presente lançamento, são decorrentes do Decreto 12.413/2012, e em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto.

Sobre esta alegação, incorre em equívocos o defendente, visto que a presente lide não trata de valores glosados pela fiscalização, em função de benefícios ou incentivos fiscais concedidos pelo decreto 12.413/2012.

É importante registrar, que a Lei Complementar nº 160/2017, dispõe sobre Convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar 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.

A substituição tributária possui previsão constitucional, (§ 7º, do art.150). Sendo assim, como o lançamento ora discutido não afronta qualquer dispositivo constitucional, entendo que os decretos invocados pela defesa, não é aplicável ao presente caso.

Relativamente à jurisprudência invocada pelo autuado, como o Acórdão JJF nº 0156-03/19 e Acórdão JJF nº 0080-03/19 deste CONSEF, registro que não se aplica ao caso em comento, por tratar-se de situações fáticas e matéria diversa da questão em lide.

Desta maneira, por se tratar de uma situação que não se enquadra na regra disciplinada pelo Art. 247, § 4º, do RICMS/BA, considero correto o procedimento fiscal, pois entendo que descaberia a expedição de intimação prévia para retificação de erro nos arquivos transmitidos, visto que a irregularidade apurada pela fiscalização não se trata de inconsistência passível de correção, mas de verdadeira infração à legislação de regência, razão pela qual, afasto o argumento de nulidade e, no mérito, conforme acima explicado, voto pela Procedência do Auto de Infração.

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

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente discorre sobre os princípios delineados no art. 2º do RPAF/BA, no CTN, na Constituição e na Lei Complementar, afirmando que a autuação não pode prosperar, devendo ser decretada sua nulidade.

Em seguida, alega que se trata de cobrança indevida em face da revogação do Decreto nº 14.213/12, que vedaria a utilização de créditos fiscais das entradas interestaduais de mercadorias apontadas em seu anexo único, contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, sendo somente admitido no percentual efetivamente cobrado na origem.

Destaca a celebração do Convênio ICMS 190/2017 estabelecendo os prazos que as unidades federadas teriam que observar para remissão dos créditos instituídos em desacordo com o ordenamento, destacando que a Bahia publicou o Decreto nº 18.219/2018 revogando o Decreto nº 14.213/2012 em alinhamento com a convalidação dos atos normativos, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017.

Discorre sobre as disposições do referido convênio e de sua cláusula oitava para sustentar que os valores objeto do lançamento ora em discussão decorrem do Decreto nº 14.213/2012 e, portanto, não deveriam ser exigidos já que foram remidos e anistiados, já tendo este CONSEF decidido em favor dos contribuintes no Acórdão JJF nº 0156-03/19 e no Acórdão JJF nº 0080-03/19. Indica que o Poder Judiciário da Bahia e o STJ assim também já decidiram, reproduzindo a ementa do RMS 31714/MT.

Encerra pedindo a nulidade total do Auto de Infração ou, subsidiariamente, sua improcedência.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

A recorrente se limita a insistir que a cobrança seria indevida em face da revogação do Decreto nº 14.213/2012 pelo Decreto nº 18.219/2018. Ocorre que a norma revogada dispunha sobre “[...] a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975”.

A autuação, por outro lado, diz respeito à vedação de creditamento em relação à mercadoria para comercialização, com saída subsequente não tributada ou isenta, em operações internas, na forma do inciso II, do art. § 4º da Lei nº 7.014/96 em conjunto com o art. 290 do RICMS/BA, ou seja, possui objeto completamente distinto.

Como salientou a JJF no acórdão recorrido, “*as operações que compõem a exigência fiscal, são com mercadorias enquadradas no regime de substituição como: iogurte, coxa de frango, fralda descartáveis, absorventes etc. São operações internas conforme cópia de notas fiscais a título de exemplo, fls.13/14 emitidas de um estabelecimento de Barreiras – Bahia*” e, portanto, não refletem as entradas interestaduais a que se refere o art. 1º do Decreto nº 14.213/2012.

No que se refere às **operações internas** sujeitas à tributação, esta sim elencadas pelo lançamento, a recorrente nada informou, que sequer as contestou, atraindo o disposto no art. 140 do RPAF.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0026/19-9**, lavrado contra **C N FARIA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$844.551,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

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