

PROCESSO - 232151.0002/17-2
RECORRENTE - MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME
(PREÇO FORTE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0120-05/19
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/01/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL COM SUBSTITUIÇÃO. O contribuinte não impugnou, no mérito, a exigência fiscal relativa à substituição tributária total, relativamente à quantificação do imposto. Infração procedente. **b)** ANTECIPAÇÃO “PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação à antecipação tributária “parcial”, a exigência fiscal foi reduzida em procedimento de revisão do lançamento por determinação desta instância julgadora. Infração extinta de ofício à vista do determinado na LC 170/17. Inexistência de vícios formais e materiais do lançamento. Lançamento efetuado com motivação em provas documentais. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pela autuada em face haver a 5ª JFJ julgado Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, lavrado em 20.03.2017, ciente em 24.03.2017, no valor original de R\$52.429,82, pelo cometimento das seguintes infrações

Infração 01

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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. Ocorrência verificada no mês de março de do exercício de 2016. Valor exigido: R\$ 64,38.

Infração 02

Deixou de efetuar recolhimento 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. Ocorrência verificada nos meses dos exercícios de 2014, 2015 e 2016. Valor exigido: R\$ 52.365,44.

Após analisar o Auto de Infração, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 23.05.2017, fls. 22 a 34, a Informação Fiscal prestada pelo autuantes, protocolada em 03.07.2017, fls. 53 a 56, a Defesa Complementar apresentada pela autuada, protocolada em 26.07.2017, fls. 62 a 81, as Diligências efetuada pelo autuante e pela ASTEC, esta, por meio do Parecer nº 05/2019, datado de 27.02.2019, fls. 181 a 183, e as manifestações dos autuante e autuada, em sessão de 06.08.2019, através o Acórdão JFJ nº 0120-05/19, fls. 199 a 204 assim se pronunciou a 5ª JFJ:

O Auto de Infração em lide, é composto de 02 imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Cabe consignar, inicialmente, que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto e multa com as respectivas bases de cálculo apurados e demonstrados na peça acusatória. Os valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito e documentos

anexos (folhas 08 a 15), e mídia digital (fl. 16). Houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. Registre-se ainda, que as descrições das infrações na peça acusatória foram claras e determinadas. Ausentes, portanto, razões a justificar a nulificação do procedimento administrativo fiscal, por vício formal, ainda que por ato de ofício, visto que inexistem vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer na plenitude o direito à ampla defesa e o contraditório. Ademais, houve a realização, neste processo, de duas diligências saneadoras, a primeira executada pelo agente autuante e a segunda executada pela ASTEC/CONSEF, no intuito de melhor esclarecer os fatos e quantificar corretamente o débito fiscal, possibilitando assim ao contribuinte exercer na plenitude o seu direito de defesa e contraditar todas as acusações. Nesse sentido, houve revisão dos valores lançados nas planilhas que compõem a autuação. Os aspectos de quantificação e apuração do imposto, serão examinados quando do enfrentamento do mérito de cada uma das infrações.

No que se refere à alegação de falta de comprovação pelo fisco da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, há que se destacar dois pontos: primeiramente o registro das operações tem origem nos arquivos eletrônicos encaminhados à SEFAZ-BA, com a indicação de que as operações tinham por destino o contribuinte ora autuado. Em segundo lugar, a própria legislação de regência do imposto, contida no art. 89, § 17 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012, prescreve que:

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

A referida norma que trata da Manifestação do Destinatário, apesar de ter sido inserida no RICMS pela edição do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, efeitos a partir de 01/01/16, é norma que configura um passo importante para todas as empresas, pois é útil para se evitar o uso indevido de sua Inscrição Estadual (IE). A fraude da IE pode acobertar operações de remessas de mercadorias para destinatário diverso do indicado na documentação fiscal. Ademais, uma Nota Fiscal com status “Confirmada”, não poderá ser cancelada pelo seu emitente, e isso confere segurança jurídica no uso do crédito fiscal correspondente. Outra vantagem é registrar junto aos seus fornecedores que a mercadoria foi recebida, e constituir formalmente o vínculo comercial para a resguardo jurídico das faturas comerciais, sem a necessidade de assinatura no canhoto impresso no DANFe.

Cabe ainda consignar, que o contribuinte ora autuado, não apresentou nos autos boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelos remetentes, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento (art. 89, § 16 do RICMS/12). Deveria o estabelecimento autuado ter registrado o evento, no ambiente da nota fiscal eletrônica (NFe), de “desconhecimento da operação”, para que ficasse registrado, operação a operação, o eventual uso indevido de sua inscrição estadual.

Em decorrência, considerando que inexistem vícios formais e materiais do lançamento, apontados na peça defensiva, inclusive em relação à efetiva realização das operações de aquisição das mercadorias, mantenho o presente lançamento que foi efetuado com motivação em provas documentais. Afasto as nulidades apontadas na peça defensiva e passo a ingressar, doravante, no exame de mérito das acusações fiscais.

As infrações 01 e 02, estão relacionadas respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), e o ICMS antecipação parcial, nas operações de aquisições de mercadorias originárias de outras Unidades da Federação. A primeira imputação fiscal totalizou a cifra de R\$ 64,38, com data de ocorrência verificada em 31/03/2016. O contribuinte se limitou a negar a aquisição da mercadoria acobertada pela NF-e 6713 (fl. 94), sem, contudo, ter procedido à declaração de “desconhecimento da operação” ou efetuado registro de ocorrência policial, consignando o uso indevido e fraudulento de sua inscrição estadual. A nulidade quanto a esses aspectos foi afastada quando abordamos as questões prejudiciais de mérito suscitadas pela defesa. Existe, neste caso, elementos de prova que motivaram a formalização do ato administrativo de lançamento.

No que se refere à quantificação do imposto, atinente às questões afeitas à base de cálculo, alíquota e enquadramentos dos produtos no regime da antecipação tributária, não houve contestação por parte da defesa. O item 01 do A.I. fica mantido sem alteração de valor.

No que se refere à infração 02, também afastamos as nulidades arguidas na peça impugnatória, visto que o contribuinte em relação às notas fiscais de aquisição das mercadorias, não procedeu à declaração de “desconhecimento da operação”, ou efetuou o registro de ocorrência policial consignando o uso indevido e/ou fraudulento de sua inscrição estadual. A nulidade quanto a esses aspectos foi também afastada, quando abordamos as questões prejudiciais de mérito suscitadas pela defesa. Existe igualmente neste caso, elementos de prova que motivaram a formalização do ato administrativo de lançamento.

No que se refere à composição do débito do Auto de Infração, foi constatado na fase de instrução deste processo, que o agente autuante promoveu a inserção de Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's), que acobertaram operações não submetidas ao regime de pagamento do ICMS a título de antecipação parcial:

- a) NFe 049 – Trata-se de NF de Entrada emitida pela empresa Over Pack Center Máquinas e Acessórios para acobertar a aquisição de bem do ativo fixo vendido pela empresa autuada;
- b) NFe 1343 – Trata-se de NF que acobertou devolução de produtos destinados ao estabelecimento autuado, emitida pela empresa Adram S/A – Mauá da Serra;
- c) NFes 6.713, 37092 e 40.383 – esses documentos acobertaram a aquisição de produtos com NCM 1901.1090, 1704.90 e 1806.90, submetidas ao regime de pagamento do ICMS por antecipação total (produtos enquadrados na substituição tributária para frente nas operações internas);
- d) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's 8.761.354, 9.867.53, 9.900.721, 10.285.020, 010.643.338), que acobertaram operações de aquisição de brindes.
- e) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's) 41655, 43666, 46076, 49290, 50.339, 52719, 55445, 59696 e 70151 que acobertaram aquisições do produto “amido de milho Adram” que corresponde à farinha de milho usada na culinária e tributada, nas operações internas à alíquota de 7% (produto da cesta básica – art. 16, inc. I, letra “a” da Lei nº 7.014/96).

Na diligência requerida por esta JF, colacionada às fls. 85/86, o autuante reconheceu a exclusão tão somente da NF-e 049, e não acatou as demais determinações da instância julgadora, inclusive, não apresentou demonstrativo de débito com os valores residuais da infração 02, conforme se encontra detalhado na manifestação do agente fiscal inserida às fls. 137/138 deste PAF.

Em decorrência das omissões cometidas pelo autuante, considerando os princípios da imparcialidade do órgão julgador e o devido processo legal, e, considerando ainda a prevalência no PAF da determinação das instâncias julgadoras, o processo foi remetido à ASTEC/CONSEF, para que fossem excluídas da autuação as notas fiscais que acobertaram operações relacionadas a vendas de ativos fixos, devoluções, aquisições de brindes que abarcam produtos não destinados à revenda, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e produtos da cesta básica, este últimos, tributados nas operações internas à alíquota de 7%, a exemplo de amido de milho.

Para facilitar o procedimento revisional, este relator fez a juntada ao PAF das cópias dos DANFes que compõem a autuação, e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, contendo a memória de cálculo da apuração do ICMS - antecipação parcial (doc. fls. 87 a 133). O referido Demonstrativo, denominado “Resumo para Constituição do Crédito Tributário”, também se encontra inserido na mídia digital (CD anexo, fl. 16).

A ASTEC, através do Parecer nº 05/2019 (fls. 181/183), fez as exclusões determinadas por esta 5ª JF, por período mensal e por documento de aquisição, conforme discriminado na planilha inserida às fls. 181/182 e, em seguida, elaborou novo Demonstrativo de Débito da Infração 02 (doc. fl. 183), no mesmo formato do Auto de Infração, reduzindo o valor exigido neste item de R\$ 52.365,44, para R\$ 33.397,23.

Contribuinte e autuado foram notificados do inteiro teor da diligência, conforme termos de intimação anexados às fls. 186/187. O autuante à fl. 192 apresentou Manifestação afirmando que acatava os termos do Parecer da ASTEC nos seus exatos termos. O contribuinte, através de seus advogados não se manifestou nos autos acerca dos resultados apurados na diligência, com os novos valores apurados na infração 02.

Acolho, na íntegra, a revisão fiscal realizada pela ASTEC, que seguiu exatamente o roteiro de exclusões das operações não submetidas à antecipação parcial, determinado por este órgão julgador, de forma que a infração 02 passa a ter a composição, por período mensal, apresentada no Demonstrativo de Débito abaixo reproduzido, que se encontra inserido à fl. 183 deste PAF, totalizando a cifra de R\$ 33.397,23:

DATA OCOR.	DATA VENC.	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/10/2014	09/11/2014	5.066,47	17%	60%	861,30
31/12/2014	09/01/2015	10.050,00	10%	60%	1.005,00
30/04/2015	09/05/2015	5.294,12	17%	60%	900,00
31/07/2015	09/06/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
31/08/2015	09/09/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
30/09/2015	09/10/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
31/10/2015	09/11/2015	1.102,94	17%	60%	187,50
31/01/2016	09/02/2016	25.035,29	17%	60%	4.256,00
30/04/2016	09/05/2016	13,22	18%	60%	2,38
31/05/2016	09/06/2016	10.266,67	18%	60%	1.848,00
30/06/2016	09/07/2016	13.268,56	18%	60%	2.388,34
31/07/2016	09/08/2016	13.540,78	18%	60%	2.437,34
31/08/2016	09/09/2016	31.628,72	18%	60%	5.693,17
30/09/2016	09/10/2016	14.019,94	18%	60%	2.523,59
31/10/2016	09/11/2016	13.944,00	18%	60%	2.509,92
30/11/2016	09/12/2016	18.822,22	18%	60%	3.388,00
31/12/2016	09/01/2017	14.481,61	18%	60%	2.606,69
				TOTAL	33.397,23

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Tendo conhecimento da decisão acima prolatada, inconformada, a Recorrente, representada pela OAT ADVOCACIA TRIBUTÁRIA, através de procuradores devidamente constituídos, apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 17.09.2019, fls. 214 a 219, informando estar o mesmo sendo efetuado tempestivamente em atendimento ao que dispõe o RPAF BAHIA, em especial nos artigos 22 e 109, inciso III, requerendo ainda que todas as comunicações a respeito do processo sejam encaminhadas aos representantes jurídicos no endereço constante em sua peça recursal.

Apresentando suas “razões”, a Recorrente, diz que o autuante não atentou ao que determinou o Decreto nº 18.219/2017, revogando o Decreto nº 12.413/2012, onde estava determinado o cálculo da antecipação parcial com base no valor total dos produtos que compõem uma nota fiscal, com as adições e deduções nela constantes, aplicando sobre o resultado obtido a diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Diz que os valores constantes do lançamento fiscal não podem prosperar em vista o determinado pelo Convênio ICMS 190/2017, que os remiu e anistiou, o que determina que este Conselho decida pela nulidade ou pela improcedência da autuação.

Sequenciando, a Recorrente, apresenta suas razões sob o tópico **DO DIREITO**.

Comenta sobre a determinação contida no Decreto nº 12.413/2012 que vedava a utilização de créditos sobre as entradas interestaduais de mercadorias contidas no Anexo Único do mesmo que não se encontravam autorizados por meio de Convênios ou Protocolos, afirmando que o mesmo não guardava conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Disse que, com a celebração do Convênio ICMS 190/2017, os procedimentos a respeito de benefícios semelhantes foram estabelecidos, o que levou o Estado da Bahia, signatário do mesmo, por meio do Decreto nº 18.219, de 26.01.2018 a revogar o de nº 12.413/2012, alinhando-se assim ao determinado pela Lei Complementar nº 160/2017.

Afirma que, com base no determinado na LC 160/2017, o Convênio ICMS 190/2017, “*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*”.

Informa também que no referido Convênio, na Cláusula Oitava, ficou determinada a remissão e/ou anistiados créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes de benefícios instituídos por legislação estadual ou distrital, publicados até 08 de agosto de 2017, em desacordo com o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, onde se insere o que lhe é cobrado no auto de infração que combate.

E cita julgados deste CONSEF, como os abaixo descritos:

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/19 EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O Estado da Bahia revogou o Decreto 12.412/2012 em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017, sendo insubsistente lançamento de imposto com base no referido Decreto revogado. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-03/19. EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. 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. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Apresenta, também, julgado do STJ sobre o tema, como abaixo:

Ementa: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO DE LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. LEI. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O mandamus foi impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda, com o objetivo de afastar a exigência do Fisco de, com base no Decreto Estadual 4.504/04, limitar o creditamento de ICMS, em decorrência de incentivos ou benefícios fiscais concedidos pelo Estado de origem da mercadoria. Deve-se destacar que a discussão travada na lide não diz respeito à regularidade do crédito concedido na origem, mas à possibilidade de o ente estatal de destino obstar diretamente esse creditamento, atuando o contribuinte que agiu de acordo com a legislação do outro ente federativo. 2. Admite-se o mandado de segurança quando a impugnação não se dirige contra a lei em tese, mas contra os efeitos concretos derivados do ato normativo, o qual restringe o direito do contribuinte de efetuar o creditamento do ICMS. 3. Na hipótese, o Secretário de Estado da Fazenda possui legitimidade para figurar no feito, porquanto, nos termos do art. 22 da Lei Complementar Estadual nº 14/92, compete-lhe proceder à arrecadação e à fiscalização da receita tributária, atribuições que se relacionam diretamente com a finalidade buscada na ação mandamental. 4. O benefício de crédito presumido não impede o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois tanto a CF/88 (art. 155, § 2º, II) quanto a LC 87/96 (art. 20, § 1º) somente restringem o direito de crédito quando há isenção ou não-tributação na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente. Dessa feita, o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária. 5. Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado - como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon - e não simplesmente atuar os contribuintes sediados em seu território. Vide ainda: ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau. DJ. 09.03.07 e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ. 23.06.06). 6. A compensação tributária submete-se ao princípio da legalidade estrita. Dessa feita, não havendo lei autorizativa editada pelo ente tributante, revela-se incabível a utilização desse instituto. Precedentes. 7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte (STJ - RMS 31714 / MT 2010/0044507-3).

Encerrando sua peça recursiva, a Recorrente, apresenta:

DO PEDIDO

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a atuada REQUER, que o CONSEF/BA decrete a NULIDADE TOTAL do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua TOTAL IMPROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Ademais, requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Atuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Pautado para julgamento em sessão do dia 08.02.21, por solicitação deste relator, fls. 223 a 225, foi o processo encaminhado à Diretoria Administrativa deste Conselho nos termos apresentados no texto abaixo transcrito, para as providências nele apresentadas:

Considerando haver a 5ª JFJ julgado procedente em parte o auto de infração em comento por haver a Recorrente utilizado créditos de ICMS em desacordo com o estabelecido no Decreto nº 12.413/2012;

Considerando que o decreto acima referenciado foi revogado pelo Decreto nº 18.219/2017;

Considerando que tal revogação foi efetuada em decorrência do determinado pela Lei Complementar nº 160/2017, que gerou o Convênio ICMS nº 190/2017, recepcionado pelo Estado da Bahia através a Lei nº 14.033/2018;

Considerando que o Convênio ICMS nº 190/2017, estabeleceu condicionantes para a remissão dos débitos tributários decorrentes de benefícios concedidos contrariando o determinado pela LC 24/75;

Considerando que na normatização no âmbito do Estado da Bahia do estabelecido pelo Convênio ICMS nº 190/2017, a Lei nº 14.033/2018, assim determinou:

Art. 1º Ficam remetidos e anistiados os créditos tributários do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e

de Comunicação - ICMS, constituídos ou não, relativamente ao imposto dispensado por meio 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, relacionados nos Decretos nos 18.270, de 16 de março de 2018, 18.288, de 27 de março de 2018, e 18.617, de 11 de outubro de 2018.

(...)

§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput deste artigo 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.

Considerando que o tributo reclamado na Infração 02 do auto de infração objeto do presente processo diz respeito ao tratado na legislação acima referenciada;

Resolve esta Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade dos seus membros, encaminhar o presente processo em diligência à Coordenação Administrativa do CONSEF para que adote as seguintes providências:

01 – Intime a Recorrente para que apresente a comunicação de desistência da lide decorrente do presente auto de infração, nos termos dos incisos I e II, do § 2º, do artigo 1º da Lei nº 14.033/2018;

02 – Intime os representantes jurídicos da Recorrente para apresentação do está determinado no inciso III do mesmo artigo, da mesma Lei;

03 – Atendido ao quanto ora diligenciado, retorne-se ao autos a esta Câmara para apreciação e julgamento.

Em correspondência do dia 09.12.21, a Coordenação Administrativa encaminhou à Recorrente o teor do pedido de diligência em apreço, tendo informação dos Correios e Telégrafos, datada de 11.12.21 de “mudou-se”.

Novamente, em expediente datado de 17.02.22, foi repetido o envio do teor da diligência, tendo a Recorrente dado ciência do seu recebimento em 04.03.22. Encaminhada a Intimação via DTE, não se manifestou a Recorrente, do que decorreu a Ciência Tácita em 04.04.22.

Decorrido prazo suficiente para que a Recorrente tomasse ciência da diligência encaminhada e dela se manifestasse, em 27.10.22, a Coordenação Administrativa fez retornar o processo a esta Câmara para julgamento, o que ora se procede.

VOTO

O reconhecimento da nulidade do Auto de Infração está condicionado ao que dispõe o RPAF, em especial no artigo 18 que assim determina:

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

Analisando o que dispõe o artigo acima transcrito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente para tanto, atende aos ditames do Processo Administrativo Fiscal, o que foi reclamado pelo autuante e a forma como disponibilizou à Recorrente demonstrativos e informações em nada contrariam as normas legais, a fundamentação das infrações está clara, o Auto de Infração contém todos os elementos que servem, e serviram, para o embasamento da sua impugnação por parte da Recorrente, que é legitimamente o polo passivo da lide.

É de bom tom apresentar o que expressou o julgador na decisão de piso, como transcrevo:

Ausentes, portanto, razões a justificar a nulificação do procedimento administrativo fiscal, por vício formal, ainda que por ato de ofício, visto que inexistem vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer na plenitude o direito à ampla defesa e o contraditório.

Entendendo da mesma forma que o julgador de piso, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

A inconformidade da Recorrente ante o decidido pela Junta Julgadora, em especial, a respeito da infração 02, é justificada ante o definido na Lei Complementar nº 160/17, que em seu preâmbulo ao identificar seu objetivo, dispõe:

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; e altera a Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

Estabelece a LC 160/17 em seu artigo 1º:

Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:

I - 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 por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;

II - a reinstituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no inciso I deste artigo que ainda se encontrem em vigor.

Disciplinando a forma como será aplicado o disposto no artigo 1º, o artigo 5º da LC 160/17, estipulou:

Art. 5º A remissão ou a não constituição de créditos concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço afastam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão da isenção, do incentivo ou do benefício fiscal ou financeiro-fiscal, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo por sujeito passivo.

E, a validade da possível aplicação do que determina, está definida no artigo 8º, como abaixo:

Art. 8º O convênio de que trata o art. 1º desta Lei Complementar deverá ser aprovado pelo Confaz no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta Lei Complementar, sob pena de perderem eficácia as disposições dos arts. 1º a 6º desta Lei Complementar.

E, atendendo ao determinado pela Lei Complementar nº 160/17, os Estados Federados, firmaram em 15.12.2017 o Convênio ICMS 190/17.

E, o referido Convênio, em seu preâmbulo, identifica seu objetivo, conforme se expõe:

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 reinstituições.

E, já na Cláusula Primeira o Convênio, claramente, estabelece:

Cláusula primeira *Este convênio dispõe sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre a reinstituição dessas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, observado o contido na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e neste convênio.*

Detalhando quais benefícios estariam sob a égide da remissão, o parágrafo 4º da Cláusula Primeira assim define:

§ 4º Para os fins do disposto neste convênio, os benefícios fiscais concedidos para fruição total ou parcial,

compreendem as seguintes espécies:

- I - isenção;
- II - redução da base de cálculo;
- III - manutenção de crédito;
- (...)
- XII - remissão;
- XIII - anistia;

Para que tenham validade os atos decorrentes do determinado, o Convênio ICMS 190/17 condiciona a que os Estados atendam a determinados pressupostos, dentre eles, a publicação dos mesmos em ato específico, assim como o depósito dos mesmos na Secretaria Executiva do CONFAZ, conforme a Cláusula Segunda:

Cláusula segunda As unidades federadas, para a remissão, para a anistia e para a reinstituição de que trata este convênio, devem atender as seguintes condicionantes:

I - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos, conforme modelo constante no Anexo Único, relativos aos benefícios fiscais, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;

II - efetuar 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.

Na Cláusula Oitava, o Convênio ICMS 190/17, disciplina:

Cláusula oitava Ficam remetidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

§ 1º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula aplicam-se também aos benefícios fiscais:

Como citado pela Recorrente, realmente, o Convênio ICMS 190/17 determina a remissão e anistia de créditos tributários reclamados pelos Estados, decorrentes de benefícios fiscais instituídos ao arrepio da alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Ocorre, porém, que a mesma Cláusula Oitava, em seu Parágrafo Segundo, determina condicionantes para que a remissão ou anistia se proceda, estes por parte do contribuinte e/ou seus representantes jurídicos, como abaixo transcrito:

§ 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

§ 3º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula aplicam-se ainda aos benefícios fiscais que foram objeto de revogação antes de sua reinstituição ou que já tenham alcançado o prazo final de fruição até 31 de dezembro de 2018

Dentro do prazo estabelecido, o Estado da Bahia, assim como os demais estados federados, fez o depósito no depositário do CONFAZ da relação dos benefícios concedidos que se enquadravam no que tratava o Convênio ICMS 190/17, e, através a Lei nº 14.033, de 19 de dezembro de 2018, normatizou o que lhe competia.

Diz a Lei nº 14.033/18, em seu preâmbulo:

Dispõe sobre a remissão de créditos tributários e a reinstituição dos benefícios fiscais que especifica.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, faço saber que, com base na Lei Complementar Federal nº 160, de 07 de agosto de 2017, e do Convênio ICMS 190/17, de 15 de dezembro de 2017, a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

E, no artigo 1º a Lei especifica:

Art. 1º Ficam remetidos e anistiados os créditos tributários do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, constituídos ou não, relativamente ao imposto dispensado por meio das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeirofiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, relacionados nos Decretos nos 18.270, de 16 de março de 2018, 18.288, de 27 de março de 2018, e 18.617, de 11 de outubro de 2018.

E, atendendo ao disposto Convênio, o Parágrafo Segundo deste artigo, assim afirma:

§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput deste artigo 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.

Como se vê nos autos, o Auto de Infração foi lavrado em 20.03.2017, quando ainda se encontrava em vigor o Decreto nº 14.213/2012, somente revogado em 26.01.2018, pelo Decreto nº 18.219, não se podendo falar em anistia tomando-se por base a revogação neste decreto prevista. Só se pode acatar a remissão em caso de acatamento ao que dispõe a Lei Complementar nº 160/2017, que gerou o Convênio ICMS 190/2017, recepcionado pelo Estado da Bahia através a Lei nº 14.033/2018.

A Lei nº 14.033/2018, como acima referenciado, condiciona a remissão e/ou anistia ao atendimento do que dispõe o seu Parágrafo Segundo, acima transcrito, não tendo a Recorrente, no bojo do processo, assim procedido, o que invalida a pretensão de reconhecimento da remissão dos débitos reclamados através a Infração 02.

Em vista de tratar-se de situação específica e especial, remissão de débitos, obrigatoriamente tem-se que atender ao disposto na legislação, também específica, pelo que o reconhecimento da improcedência da infração 02, por ser obrigação determinada em Lei Complementar, fica condicionado ao atendimento do determinado no Parágrafo Segundo, do artigo Primeiro da Lei nº 14.033/2018.

Como constante no relatório acima apresentado, a Recorrente não se manifestou a respeito da exigência condicionante da legislação específica, nem seus representantes jurídicos, o que impede de se dar conhecimento da remissão da infração 02.

Considerando que a Recorrente, assim como seu representante jurídico, não atendeu ao que foi solicitado na diligência encaminhada, mas que não pode prosperar, devendo serem reconhecidos os efeitos previstos na LC 160/17, em especial no que diz respeito ao afastamento das sanções previstas na LC 24/75.

Desta forma, entendo que se impõe a decretação, sem julgamento, de extinção da infração 02.

Por consequência, com a extinção da infração 02 e não sendo objeto do Recurso Voluntário o que reclamado na infração 01, julgo-a Procedente.

Assim, à vista do quanto apresentado no presente processo, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente e julgo o Auto de Infração em comento, PARCIALMENTE PROCEDENTE.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **232151.0002/17-2**, lavrado contra **MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME (PREÇO FORTE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.461,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

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