

A. I. N° - 278904.0011/20-5
AUTUADO - QUÍMICA AMPARO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/02/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0016-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Na forma prescrita na Lei 7.014/96, artigo 12-A, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. De igual modo, nos termos da Lei Complementar 87/96, está garantido o direito ao crédito fiscal em tais situações. Todavia, o sujeito passivo não atendeu à legislação no que tange à apropriação de créditos fiscais extemporâneos, sequer requereu a necessária e indispensável autorização para tal, motivando a autuação. Infração não elidida. Negado o pedido para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 1.258.626,97, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.74.** Utilizou a maior o crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, nos meses de janeiro, março, abril e maio de 2016.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 156 a 172-v, onde, após sintetizar os fatos, expressa que o Auto de Infração não possui suporte para ser mantido, tal como lavrado, por todos os ângulos em que analise a questão, sendo de rigor o julgamento de nulidade da presente ação fiscal.

Fala não se poder admitir a cobrança dos valores correspondentes ao ICMS decorrente de crédito extemporâneo, uma vez que todas as operações foram efetivadas pela empresa, devendo ser levado em conta, contudo.

Fala se resumir a resolução do presente Auto de Infração a questão extremamente simples de falta de atenção à documentação por parte do autuante, uma vez não ter havido creditamento a maior, apenas creditamento extemporâneo de valores devidamente recolhidos no período anterior, a título de antecipação parcial, algo devidamente autorizado pela lei.

Entende dever ser analisada a sistemática praticada pela empresa, ao proceder o recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, nos termos do artigo 317 do RICMS/BA, com direito à compensação de tais créditos, em sua apuração, de forma extemporânea e em total obediência aos limites impostos pela lei.

Reitera possuir direito ao creditamento dessa antecipação parcial, bem como, na hipótese de necessidade, aproveitar créditos extemporâneos.

Esclarece que com base em tal sistemática adotada ao longo de todos esses anos, sem que tivesse sido questionada pelo Fisco até o momento, que a utilização de créditos extemporâneos tal como se deu nesse caso, no período compreendido entre os meses de outubro e dezembro de 2015, para a sua devida compensação, no mês de janeiro de 2016 é plenamente correta, tendo sido creditado o valor equivalente a R\$ 4.186.701,94.

Pontua que de acordo com o tanto constante do Auto de Infração, do valor total que foi objeto de creditamento, o autuante glosou o montante equivalente a R\$ 1.258.626,97, por entender, de forma equivocada, que tal crédito não se mostrava legítimo.

Tem a impressão de que o autuante tão somente desconsiderou o relevante fato de que tal valor glosado decorre de legítima apropriação extemporânea de créditos de ICMS, que foram devidamente pagos anteriormente, a título de antecipação parcial e que não foram apropriados à época em que ocorreram tais operações.

Neste sentido, verifica que no presente caso, ao proceder o recolhimento de tais valores, a título de ICMS, utilizou dois códigos de receita de recolhimento do tributo distintos:

2175 - ICMS Antecipação Parcial;

1145 - ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 RICMS

Ressalta que a fiscalização reconheceu ambos os códigos de receita de recolhimento do ICMS, como sendo legítimos, porém, declinou de proceder a devida e necessária apuração, no que concerne à existência das guias de recolhimento de ICMS, correspondentes aos meses anteriores aos descontos concedidos de forma extemporânea, incorrendo, assim, na lavratura do presente Auto de Infração.

Por tal razão, não pode admitir a cobrança de tais valores, de forma manifestamente indevida, uma vez que bastaria, tão somente, o Fisco ter se preocupado em proceder uma análise um pouco mais detalhada das guias recolhidas pela empresa, ao longo de todo o período e da documentação disponível para tanto, para verificação dos valores recolhidos, com o fim de se constatar que os créditos, a título de ICMS, foram devidamente apurados pela autuada, visando ao seu devido aproveitamento, decorrente da aludida antecipação parcial, uma vez que se trata de operação corriqueira e de extrema simplicidade, praticada pela empresa.

Assevera passar a demonstrar ter ocorrido claramente equívoco do Fisco, que acarretou na lavratura do presente Auto de Infração, de forma indevida, e para tanto apresenta plotagem para cada um dos períodos, com os valores correspondentes a apropriação extemporânea dos créditos pagos a título de antecipação parcial e não apropriados à época, com a devida especificação de datas, períodos, dados das notas fiscais, referências e códigos de receita, que foram objeto de creditamento (Doc. 06).

Argumenta ter também utilizado extemporaneamente, pagamentos efetuados em fevereiro de 2016, para a devida compensação em março de 2016, cujas guias serão anexadas à impugnação, comprovando, assim, a legitimidade das operações realizadas.

No mesmo sentido, firma também ter se utilizado, de forma extemporânea, créditos decorrentes de pagamentos efetuados em março de 2016, para compensação em abril de 2016, cujas guias também se encontram anexas, comprovando, assim, uma vez mais, a legitimidade das operações realizadas.

Por fim, a mesma sistemática se deu nos meses de novembro de 2015, janeiro, fevereiro e abril de 2016, em que utilizou, de forma extemporânea, dos pagamentos efetuados nesse período, para compensação em maio de 2016, conforme demonstrado no Doc. 08.

Conclui, portanto, que com base no quanto demonstrado, todos os valores que foram objeto de compensação de créditos extemporâneos decorrentes de ICMS recolhido a título de antecipação parcial sobre aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, foram efetuadas de forma lícita, sem que se possa admitir que o Fisco proceda a glosa de tais créditos, por entender,

de forma equivocada, que os mesmos foram utilizados em valor superior ao que a empresa teria direito, devendo, para tanto, ser julgado o presente Auto de Infração integralmente improcedente.

Assegura que com base nos dados e figuras aqui colacionados, é possível constatar possuir todas as guias de ICMS que foram objeto de creditamento, tendo sido demonstrada a legitimidade de todas as operações, restando evidente que somente ocorreu um equívoco por parte do autuante, ao deixar de proceder corretamente a apuração dos valores creditados, declinando da análise sistemática dos documentos que compuseram toda a operação.

Visando demonstrar de forma definitiva tal equívoco, quando do lançamento, e quanto ao crédito extemporâneo indevidamente glosado, uma vez ter utilizado o mesmo critério para a glosa do crédito que foi utilizado para o reconhecimento da compensação efetuada, dentro do mesmo período, tece algumas considerações a respeito.

Ressalta, após historiar mais uma vez o ocorrido, que mesmo tendo lançado R\$ 4.186.701,94 de créditos em sua apuração do imposto, o autuante expressamente reconheceu como legítimo o montante de R\$ 2.928.074,97, ainda que a empresa tivesse utilizado os mesmos critérios para apuração desse valor, uma vez que, do mesmo modo, se trata de apuração de valores recolhidos anteriormente a título de antecipação parcial e não apropriados à época própria, ou seja, se tratam de créditos extemporâneos.

Apresenta tabela a respeito.

Considera que tais créditos, reconhecidos como legítimos pelo Fisco, se referem exatamente aos mesmos períodos que foram objeto de glosa e corretamente apurados, segundo sua ótica, de acordo, inclusive, com os mesmos critérios de obtenção dos valores para fins de compensação dos créditos extemporâneos, restando evidente que o presente Auto de Infração não pode ser mantido, tendo em vista ter o Fisco se utilizado de dois pesos e duas medidas para apurar o valor entendido como devido, e, em consequência glosar o crédito legítimo, devendo ser por mais esta razão, julgada improcedente a presente cobrança.

Ao final, requer o conhecimento das razões expostas, para ser declarada a total insubsistência do presente Auto de Infração, uma vez que se creditou de forma absolutamente correta, dos créditos extemporâneos a que teria direito, em decorrência dos valores recolhidos a título de antecipação parcial, relativo ao período correspondente de janeiro a maio de 2016.

Caso assim não se entenda, pede a conversão do julgamento em diligência, com o fim de ser comprovado, junto aos registros da empresa, acerca da legitimidade das compensações efetuadas, com base na análise detalhada das guias de recolhimento apresentadas, além daquelas que se encontram em seus arquivos e livros de registros fiscais, à disposição do Fisco.

Por fim, sob pena de nulidade, pede que as intimações sejam conjuntamente realizadas em nome dos advogados e no endereço indicado.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 199 a 202, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, registra inicialmente que a ação fiscal foi executada na forma regulamentar, a infração devidamente caracterizada, sendo possível determinar a sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário nos termos do que dispõe o artigo 39 do RPAF/99.

Diz, ainda, que o Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido, detalhadas através da documentação anexada às fls. 14 a 146, em sua íntegra fornecidos à autuada, por meio de cópias reprográficas e arquivos em mídia, de igual conteúdo ao acostado à fl. 147.

Adentrando no mérito, passa a refutar as argumentações trazidas pela autuada em sua peça defensiva, esclarecendo, inicialmente, terem sido cotejados os valores de escriturados a título de Antecipação Parcial *versus* os devidamente recolhidos pela autuada nos respectivos períodos, conforme visto nos demonstrativos apresentados às fls. 14 a 36, reproduzidos.

Ressalta que foram considerados tanto os valores recolhidos por meio do código 2175 (ICMS – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL), quanto os recolhidos por meio do código 1145 (ICMS – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA ANEXO 88), estes últimos lançados por meio de código incorreto, conforme reconhece a própria autuada.

Aponta não ter considerado os valores lançados de forma extemporânea pela autuada, conforme tenta a mesma fazer crer em sua peça de defesa.

Diz que além de não ter restado comprovado pela autuada o devido cumprimento do disposto no artigo 135 do RICMS/12, e seu § 1º, que regulamenta o lançamento de créditos extemporâneos, os respectivos lançamentos efetuados no Livro de Apuração do ICMS – operações próprias, não faz qualquer referência a créditos lançados extemporaneamente, nem tampouco especificou os seus valores.

Frisa que os pretendidos créditos, em si, não se sustentam, vez não ter restado demonstrado a origem dos saldos credores nos respectivos meses, bem como boa parte dos pagamentos apontados na impugnação já haviam sido considerados, conforme se depreende da leitura entre os itens 15 e 18 da peça de defesa.

Arremata carecerem de consistência material e legal os argumentos defensivos, tanto por requerer da fiscalização que considere prática não amparada de apropriação de créditos extemporâneos sem o cumprimento do devido processo legal, quanto pela falta de demonstração da real existência dos saldos credores no período autuado.

Conclui mantendo o lançamento, e requerendo o seu julgamento pela procedência da infração.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento pelo órgão preparador (fl. 203), recebidos no CONSEF em 10/12/2021 e distribuídos a este relator em 20/12/2021 (fl. 203-v).

Presente na sessão de julgamento, a Dra. Helena de Oliveira Fausto, OAB/SP 105.061, devidamente habilitada, a qual em sede de sustentação oral, ressalta que os créditos reconhecidos como legítimos são os de mesma natureza e critérios de obtenção já reconhecidos pelo autuante, o qual agiu com dois critérios diversos para a realização do lançamento, sendo os créditos lançados absolutamente corretos.

Tendo em vista que a SEFAZ não considerou os lançamentos extemporâneos realizados, postula mais uma vez, a realização de diligência, a fim de ser comprovada a legalidade do crédito extemporâneo lançado.

Inquirida sobre a existência de dois códigos de recolhimento, um de antecipação parcial, e outro de antecipação total, com encerramento de tributação, confirmou que a autuada comercializa também produtos sujeitos à substituição tributária, com encerramento de tributação.

Perguntada acerca de ter a empresa feito algum requerimento administrativo no sentido de convalidar a utilização dos créditos extemporâneos, respondeu não ter esta informação.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão de Cientificação de Início de Ação Fiscal em 16/07/2020, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, mensagem 166.595, com leitura no mesmo dia (fl. 08).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 15 a 146, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 147-A.

A ciência da autuação se deu em 08/10/2020, diante da transmissão da mensagem 178.841 do Domicílio Tributário Eletrônico, como se observa às fls. 152 e 152-v.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

O contribuinte, por sua vez, compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito, sem não antes avaliar o pedido prejudicial da defesa pela conversão do processo em diligência, ao final de sua peça de impugnação, reiterado na sustentação oral realizada por sua advogada.

De plano indefiro o pedido, diante do disposto no artigo 147, incisos I, alíneas “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for 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;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo” (grifei).

A justificativa para a desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder do sujeito passivo e também da SEFAZ, uma vez emitidos de forma eletrônica, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seria o objetivo da diligência, até pelos esclarecimentos prestados pelo autuante em sede de informação fiscal.

Além do mais, a empresa em sua intervenção, trouxe ao feito todas as informações necessárias ao deslinde da lide, de explicação pormenorizada dos procedimentos por ela adotados, o que dispensa qualquer outra providência complementar ou acessória.

Ainda que obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes’”.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326-RS, datada de 25/03/2021, caminha no mesmo sentido e demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar”, CNAE 46.49-4-08, estabelecido no município de Simões Filho, Bahia.

Analizando a infração 01, verifico que ela se reporta a utilização a maior de crédito de ICMS referente a antecipação parcial, sendo, como bem posto na impugnação, matéria de fácil entendimento e resolução.

Inicialmente, convém explicitar estabelecer a legislação tributária do Estado, como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96:

“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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 23 da mesma Lei, em seu inciso III, determina que:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição”.

No RICMS/12, o artigo 332 assim determina;

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS”

A ninguém é dado desconhecer a lei, aqui em sentido amplo, compreendendo todo o arcabouço normativo que rege as operações e lançamentos fiscais concernentes ao ICMS.

Ou seja, a regra é o recolhimento devido por antecipação parcial quando do ingresso das mercadorias no território do Estado, a menos que o contribuinte se encontre na condição de credenciado, o que implica na dilatação do prazo para o dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria.

Ademais, para que ocorra a exigência de cobrança da Antecipação Parcial, necessária a ocorrência de alguns requisitos: operação interestadual, de mercadoria destinada a comercialização, e cujo recolhimento ocorra na entrada da mercadoria, e acaso o contribuinte seja credenciado, no prazo previsto na legislação.

Recolhido o imposto, se apresenta como direito do contribuinte a utilização de tal crédito, no mesmo período do recolhimento, devendo o mesmo ser lançado em sua escrituração fiscal.

A defesa apresentada se sustenta em alguns pilares, a saber:

- Legitimidade do uso do crédito fiscal;
- Falta de suporte para a autuação, frente ao seu direito;
- Adoção do procedimento correto pela empresa.

Como visto anteriormente, nos termos do artigo 12-A da Lei 7.014/96, a incidência para a cobrança de Antecipação Parcial se dá em virtude da entrada por aquisição, no território do Estado, de mercadorias destinadas a comercialização pelo contribuinte.

Por outro lado, o uso do crédito fiscal, em atenção ao princípio constitucional da não cumulatividade se encontra garantido nos termos dos artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96:

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

Quanto a isso não existe discussão, todavia o uso do crédito fiscal extemporâneo, nem sempre é imediato e permitido de forma irrestrita, como entende a empresa autuada, podendo possuir condicionantes e regras. Como exemplo, posso mencionar o fato de a própria Lei Complementar 87/96, estabelecer, no seu artigo 33:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033”.

Ou seja: ainda que garantido no artigo 20 acima transcrito, o uso do crédito fiscal advindo de aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, as empresas somente poderão fazê-lo a partir do prazo ali determinado.

Mesmo raciocínio vale para o caso específico dos autos, em relação aos créditos fiscais extemporâneos, que o sujeito passivo entende, equivocadamente, que basta lança-los em sua escrituração fiscal, sem qualquer outra providência.

Entretanto, há de se observar o dever de o contribuinte conhecer, cumprir e obedecer às determinações legais e normativas.

Sendo o ICMS um imposto estadual, na forma igualmente prevista na Carta Magna vigente, cada Unidade da Federação tem o direito e dever de adotar a sua legislação própria, estabelecendo o regramento a ser adotado em relação aos procedimentos referentes ao imposto, atentando para o alinhamento em relação às normas jurídicas vigentes e hierarquicamente superiores.

Neste sentido, o Estado da Bahia promulgou a Lei estadual 7.014/96, e o seu Regulamento do ICMS, sendo que este último, em pleno vigor, estabelece o seguinte regramento a respeito da utilização do crédito fiscal:

"Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;

II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor" (grifei).

Ou seja: em se tratando de créditos fiscais, o seu uso direto e imediato somente se permite no próprio mês, ou naquele imediatamente posterior à entrada da mercadoria e/ou a prestação de serviço.

Em se tratando de crédito extemporâneo, caso do presente processo, o uso do crédito fiscal depende, exclusivamente, de formulação de pedido específico, pelo contribuinte, junto ao seu domicílio fiscal, garantindo a legislação, caso não a obtenha no prazo de cento e oitenta dias da formalização do pedido, o uso do mesmo.

Como já visto anteriormente, o próprio sujeito passivo confirma o uso de créditos fiscais que não correspondem a entradas do próprio mês, nem do mês anterior, e sim, períodos mais anteriores.

E mais: diz ter se apropriado de créditos fiscais oriundos de recolhimentos efetuados com o código de recolhimento de antecipação tributária, situação em que há o encerramento da fase de tributação, e cujo uso e apropriação do crédito fiscal é vedado na legislação.

De igual forma, a empresa, de acordo com informação obtida junto a advogada responsável pela sustentação oral realizada, comercializa produtos submetidos à antecipação tributária total, com saídas sem tributação, vez que encerrada a fase de tributação.

O autuante, por seu turno, respeitou o mesmo quanto a sua utilização, atentando para os dispositivos acima enumerados (artigos 314 e 315 do RICMS/12), apropriando os créditos dos meses imediatamente anteriores aos do uso do crédito tido como indevido, o que justifica o argumento de o contribuinte ter se creditado extemporaneamente de R\$ 4.187.701,94, e o autuante apenas lançado no Auto de Infração R\$ 1.258.626,97, correspondente exatamente àqueles créditos com mais de sessenta dias após a entrada das mercadorias ou da prestação de serviços.

Não vieram aos autos quaisquer elementos de prova no sentido de ter o sujeito passivo formulado requerimento para a utilização extemporânea dos créditos fiscais autuados, inclusive, consoante registro anterior, a advogada da empresa, em sede de sustentação oral afirmou não saber informar se a empresa assim agiu, nos termos da norma regulamentar.

Sabido que o princípio da legalidade possui peso e importância na senda tributária, especialmente por ser o responsável por controlar a imposição de tributos, exigindo previsão na legislação tributária para que sejam efetuadas cobranças aos contribuintes.

Tal princípio no direito tributário, garante ao contribuinte a existência de uma lei para criar e cobrar o tributo, pois não será imputada uma obrigação tributária ao contribuinte, sem antes observar as disposições legais quanto a criação e cobrança de um tributo, representando um dos

pilares do estado democrático de direito, com previsão constitucional no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal: “*Ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude da lei*”.

Se trata de proteção ao contribuinte uma vez que por ele, se impedem eventuais abusos por parte da autoridade administrativa e possível discricionariedade na cobrança dos tributos.

Isso significa que ninguém será obrigado a cumprir dever instrumental tributário que não tenha sido criado por meio de lei, pelo ente competente para tal, isto é, através de ato do legislativo, cria-se a lei que descreve o tipo tributário, de forma segura, exata, e que propicie a necessária segurança jurídica.

Assim, estando a conduta praticada pelo contribuinte em desacordo com a norma vigente, e ainda que tenha direito ao uso de crédito fiscal extemporâneo precisa atentar e obedecer ao regramento vigente, não podendo agir movido exclusivamente à sua vontade e seu talante, o que no caso em comento se mostrou a conduta do contribuinte ao desobedecer a regra para a utilização dos créditos referidos, o lançamento há de ser mantido, motivo pelo qual entendo o mesmo como procedente.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não tendo mais sentido qualquer outra forma de intimação que não o Domicílio Tributário Eletrônico.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278904.0011/20-5, lavrado contra **QUÍMICA AMPARO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.258.626,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões virtual do CONSEF, 31 de janeiro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR