

A. I. Nº - 279462.0045/21-7
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.07.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-05/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM SAÍDA BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Restou comprovado que no período fiscalizado as mercadorias objeto da autuação (ovos), tinha assegurado a manutenção do crédito fiscal relativo às aquisições interestaduais, por adesão do Estado da Bahia às regras estabelecidas no Convênio ICMS 44/75, relativo a saídas subsequentes contempladas com isenção. Legítima a utilização do crédito fiscal. Infração elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/21, para exigir ICMS por ter sido utilizado indevidamente crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no valor de R\$ 239.381,55, acrescido da multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada (fls. 30/34), inicialmente discorre sobre a infração e alega que não concorda com a quase totalidade da autuação e apresenta defesa no seguinte teor.

Ressalta que o lançamento se restringe a comercialização com ovos adquiridos que são revendidos, cuja aquisição foi alcançada com a incidência do ICMS e a revenda com isenção.

Com relação à exigência fiscal de estorno de crédito, afirma que o enquadramento indicado nos artigos 29, § 2º, da Lei 7.014/96 e 310, I, “a” do RICMS/BA não se sustenta, visto que foi ignorado o disposto no art. 264, III, “a” do mesmo RICMS, que prevê a manutenção do crédito fiscal relativo às saídas isentas nas operações internas de comercialização de ovos em conformidade com o Convênio ICMS 44/75.

Ressalta que todas as operações objeto da autuação se referem a comercialização de ovos, conforme quadro de fl. 33 (ovo de codorna, ovo grande branco e ovo grande vermelho).

Esclarece que apenas duas notas fiscais emitidas por fornecedor localizado no Estado de Minas Gerais não destacaram o ICMS, mas que outras centenas de notas fiscais tiveram destaque do imposto o que assegura o direito de utilização do crédito fiscal.

Afirma que a NF 244544 indicada no levantamento fiscal é inexistente, e na verdade existe a NF 244564, com ICMS destacado e é contra nota da emitida por produtor rural de nº 65.684.

Discorre sobre o lançamento fiscal para verificação da matéria tributável, nos termos do art. 142 do CTN e alega que diante da inconsistência da autuação, requer a realização de diligência fiscal para confirmar suas alegações, em busca da verdade material nos termos do art. 140 do RPAF/BA.

Indica, à fl. 34, endereço de assistentes técnicos, sob pena de cerceamento do direito de defesa e requer que o auto de infração seja julgado improcedente.

As autuantes, na informação fiscal prestada (fls. 90/94) inicialmente discorrem sobre a infração e alegações defensivas, demonstrando entendimento perfeito da autuação.

Afirmam que em relação ao questionamento de que tem direito assegurado a manutenção do crédito fiscal relativo à comercialização de ovos, com isenção do ICMS, destacam que:

- i) O art. 29, § 2º, II da Lei 7.014/96 prevê como regra geral que é vedado o crédito fiscal relativo à entrada de mercadoria no estabelecimento cuja saída subsequente não seja tributada ou estiver isenta, a menos que destinada ao exterior;
- ii) O § 5º da mesma norma, prevê que os Estados, na forma da LC 24/1975 pode dispor que não se aplique no todo ou em parte, a vedação prevista;
- iii) O Convênio ICMS 44/75 prevê que os Estados poderão não exigir o estorno do crédito nas operações com ovos (Cl. Primeira, II, § 3º).
- iv) O art. 264, III, “a” do RICMS/BA, optou pela manutenção do crédito fiscal relativo às saídas isentas nas operações internas de comercialização de ovos.

Concluíram que embora não seja prática dos supermercados utilizarem crédito fiscal nas operações de aquisição de ovos, a legislação estadual prevê que é assegurado a manutenção do crédito fiscal na comercialização de ovos e concorda que a autuação foi equivocada e opinam pelo julgamento da improcedência da infração.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS.

Na defesa apresentada, o impugnante alegou que a fiscalização enquadrou a exigência fiscal com base em norma geral (art. 29, § 2º da Lei 7.014/96 e 310, I, “a” do RICMS/BA), sem atentar para a existência de norma específica, o que foi acolhido na informação fiscal.

Conforme invocado pelo defendente, os dispositivos indicados no enquadramento preveem que:

Art. 29, § 2º da Lei 7.014/96:

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

Art. 310, I, “a” do RICMS/BA:

Art. 310 É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante:

a) não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior.

Entretanto o § 5º da Lei 7.014/96 estabelece:

§ 5º Deliberação dos Estados e do Distrito Federal, na forma da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior.

Já a Cláusula primeira, II, § 3º do Convênio ICMS 44/75 estabelece:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

...

II - ovos, pintos de um dia, aves e produtos de sua matança, em estado natural, congelados ou simplesmente temperados;

...

§ 3º Em relação à operação com ovos beneficiada com a isenção prevista no inciso II desta cláusula ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir o estorno do crédito previsto no art. 2º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Por sua vez o art. 264, III, ‘a’ do RICMS/BA determina que:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações: (...)

III - as saídas de (Conv. ICM 44/75):

a) ovos, nas operações internas.

Por tudo que foi exposto, restou comprovado que conforme reconhecido pelas autuantes, o Estado da Bahia optou por assegurar a manutenção do crédito fiscal das aquisições interestaduais de ovos, em relação às operações internas subsequentes comercializadas com isenção, nos termos do art. 264, II, “a” do RICMS/BA, combinado com o disposto na Cl. Primeira, II, § 3º do Convênio ICMS 44/75.

Portanto, deve ser dada prevalência à norma específica em relação à geral, estabelecida no art. 29, II da Lei 7.014/96, conforme exceção prevista no § 5º do mesmo diploma e dispositivo legal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0045/21-7**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR