

A. I. N° - 274068.0013/17-7
AUTUADO - ATAКАREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.11.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0180-05/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO (DECRETO ESTADUAL N° 14.213/2012). 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. MULTA DE 60% APLICADA JÁ NA AÇÃO FISCAL. Rejeitado pedido de remissão dos créditos tributários lançados no Auto de Infração. Não atendidos os requisitos previstos na legislação de regência para a concessão da benesse. Redução dos valores lançados, através de revisão do feito, pela autuante, por determinação do órgão julgador. Verificada a ocorrência de erros materiais nos valores apurados nas infrações 01, 02 e 03. Indeferido pedido defensivo de remessa dos autos para a realização de novas diligências fiscais. 4. MÉRITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia em discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/BA. O caso envolve a interposição de Mandado de Segurança antes da lavratura do Auto de Infração. Defesa prejudicada. Entendimento amparado em parecer Jurídico da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). O PAF deve ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, inc. II, do RPAF-BA, mais multa e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle. Prejudicada a análise da peça impugnatória. Correção, de ofício, de erros materiais. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2017, no valor principal de R\$ 107.911,67, é composto de 3 (três) imputações a seguir descritas:

Infração 01 – 01.02.96 – O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos a mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadorias de

fornecedores classificados no Anexo único do Decreto nº 14.213/2012. É vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas nos itens do Anexo único do Dec. 14.213/2012, contempladas com benefício fiscal do ICMS. Exigência fiscal no valor de R\$ 34.257,38, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2013;

Infração 02 – 07.01.02 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior. A base de cálculo das mercadorias constantes do Protocolo ICMS 50/02 está de acordo com a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/02. Exigência fiscal no valor de R\$ 39.065,77, acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2013;

Infração 03 – 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial por aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação destinadas à comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Exigência fiscal no valor de R\$ 34.588,52. Multa pecuniária prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2013;

A autuante consignou, na peça acusatória, que para todas as ocorrências o contribuinte ingressou com o mandado de segurança (MS) nº 0578182.06.2016.805.0001, para ter direito de utilizar os créditos fiscais de ICMS nos percentuais destacados nas Notas Fiscais sem as restrições impostas pelo Decreto nº 14.213/12. Como há norma dando suporte ao lançamento tributário, este deve ser efetuado, para evitar a decadência. No presente caso a decisão liminar em sede de Mandado de Segurança não impede o lançamento do crédito tributário, mas tão somente a sua exigibilidade até decisão definitiva”.

Documentos que integram a peça acusatória (fls. 07/58): Termo de Início de Fiscalização, Anexos 5.1, a 5.11, referenciados no corpo do Auto de Infração para as infrações 01, 02 e 03; dados cadastrais dos contribuintes remetentes das mercadorias junto ao CNPJ; cópia da inicial do Mandado de Segurança interposto pelo autuado e da decisão interlocutória concessiva da medida liminar pelo juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador; mídia digital contendo os arquivos da ação fiscal em formato eletrônico.

O autuado foi notificado do Auto de Infração, de forma pessoal, em 28/06/2017, através da aposição de assinatura de seu preposto, devidamente habilitado através do instrumento juntado à fl. 61 dos autos.

Ingressou com defesa administrativa protocolada em 25/08/2017, subscrita por seus advogados devidamente habilitados a atuar no processo por meio de instrumento de representação.

Na peça defensiva, inserida entre as fls. 65/108, o sujeito passivo apresentou argumentos a seguir resumidos.

Infração 01:

- A) Que há operações em que o creditamento do ICMS se deu nos limites percentuais estabelecidos pelo Dec. nº 14.213/12 (listou essas situações na peça de defesa, entre as fls. 68/73 e CD Anexo). Requer a realização de uma revisão fiscal. Pediu, com base no citado fundamento, que a Infração 01 seja declarada totalmente improcedente.
- B) Discorreu na sequência, em outro subitem, que há operações em que os remetentes não estão enquadrados no Anexo único do Dec. nº 14.213/12 por envolverem remessas de produtos que foram fabricados pelas empresas fornecedoras, através de notas fiscais com CFOP 6.101 (listou essas situações na peça de defesa entre as fls. 75 a 76 e CD anexo). Pede que essas operações sejam excluídas da autuação. Reitera o pedido de revisão de feito.

Infração 02:

- a) Destacou a existência de mercadorias integrantes deste item do lançamento que estão submetidos ao regime de tributação normal, motivo pelo qual é inexigível o imposto a título de antecipação tributária (produtos listados entre as fls. 78/79 e CD anexo);
- b) Apontou ainda que a cobrança do ICMS antecipação recaiu sobre mercadorias adquiridas junto a fabricantes (indústrias) não listadas no Anexo único do Dec. 14.213/2012. A autuante considerou que a impugnante teria recolhido a menor o ICMS da antecipação total por ter utilizado créditos fiscais contemplados em benefícios fiscais não autorizados por Convênio ou Protocolo, nos termos da LC 24/75 (itens listados entre as fls. 81 a 83). Pede a revisão também deste item do lançamento fiscal.

Infração 03:

- a) Consignou que parte da cobrança da multa sobre a parcela do ICMS da antecipação parcial que deixou de ser recolhido na etapa de entradas das mercadorias originárias de outros Estados recaiu sobre produtos enquadrados no regime da S.T., sendo indevida a referida cobrança (itens listados entre as fls. 86 a 89 e CD anexo).
- b) Discorreu ainda que outra parte da cobrança da multa impugnada recaiu sobre mercadorias adquiridas junto a fabricantes (indústrias) não listadas no Anexo único do Dec. 14.213/2012. A infração em questão foi caracterizada em virtude da autuante ter considerado que a empresa teria se creditado a maior nas entradas das mercadorias, reduzindo o ICMS antecipação parcial, por não ter levado em consideração as limitações impostas pelo Dec. 14.213/12 (operações listadas entre as fls. 91 a 92 e CD anexo). Pede a defesa a revisão também deste item do lançamento fiscal.
- c) Mais à frente a defesa apontou a existência de operações na cobrança da multa cujos créditos foram apropriados em concordância com o Anexo único do Dec. 14.213/12. Operações listadas entre as fls. 94 e 95. Pede igualmente a revisão da cobrança neste ponto.
- d) Apontou ainda que a cobrança da multa pecuniária incidiu sobre operação com mercadoria isenta (vasilhame), conforme norma contida no art. 265, inc. XXX do RICMS/12. Pede a exclusão da cobrança sobre este item.
- e) Considerando o princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, II da CF) que estabelece restrições a não compensação dos créditos do imposto aos casos de *isenção* e *não incidência*, as limitações do direito ao crédito impostas pelo Dec. 14.213/12 são inconstitucionais.
- f) Que o Estado da Bahia deveria ter manejado Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) perante o STF para combater as normas de benefícios fiscais não autorizados por Convênios ou Protocolos editados no âmbito do CONFAS;
- g) Pontuou, por fim, a defesa, que o contribuinte impetrou contra o Estado da Bahia Mandado de Segurança (MS), tombado sob nº 0578182.06.2016.805.0001, para que fosse assegurado o direito de utilização dos créditos fiscais nos percentuais destacados nas notas fiscais sem as restrições impostas pelo Dec. nº 14.213/2012.
- h) Reiterou ao final pedido de remessa dos autos para a realização de diligência, visando a depuração das cobranças que considera ilegais e inconstitucionais, preferencialmente junto à ASTEC/CONSEF, não obstante tenha juntado aos autos decisão judicial concessiva da liminar suspendo as cobranças indevidas (doc. fls. 45v a 55),

Documentos juntados na peça impugnatória (fls. 109 a 198): Procuração conferida aos advogados que subscreveram a defesa; contrato da sociedade empresária; mídia digital contendo os arquivos em formato Excel relativos às infrações impugnadas; cópias reprográficas dos documentos fiscais de aquisição relacionados às infrações 01, 02 e 03.

Prestada Informação Fiscal pela autuante, através da peça processual anexada entre as fls. 201 a 213, datada de 28/09/2017.

No que se refere aos ajustes na apuração do imposto reclamados pela defesa a autuante efetuou reduções parciais nas infrações 01, 02 e 03.

Infração 01: reduzida de R\$ 34.257,38 para **R\$ 23.545,09**;

Infração 02: reduzida de R\$ 39.065,77 para **R\$ 32.351,92**;

Infração 03: reduzida de R\$ 34.588,52 para **R\$ 29.120,55**.

Notificado acerca das alterações processadas pela autuante na fase de informação fiscal, o contribuinte atravessou petição nos autos, inserida entre as fls. 237 a 264, apontando a existência ainda de cobranças indevidas relacionadas às infrações 01 e 03. Junta documentos entre as fls. 265 a 304.

A autuante, em novo Informativo Fiscal, fls. 307 a 311, datado de 01/02/2018, promove alterações nas infrações 01 e 03, reduzindo essas cobranças para os valores de **R\$ 22.074,52** e **R\$ 25.310,92**, respectivamente, conforme demonstrativos e mídia digital, em anexos (fls. 312/316).

Processo distribuído para esta Relatoria em 17/05/2018. Termo de Distribuição à fl. 320verso.

O PAF foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, em 30/10/2018, considerando que as infrações foram enquadradas nas disposições do Decreto Estadual nº 14.213/12, norma revogada em 2018, para que fosse emitido Parecer Jurídico acerca da matéria em questão, especialmente a remissão dos créditos tributários na forma do Conv. ICMS 190/2017, inclusive abordando o Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte, tombado sob o nº 0578182.06.2016.805.0001, tudo conforme Termo lavrado às fls. 321/322. Foi ressaltado no Termo de Diligência que a LC 160/2017, objetivando pacificar a denominada “guerra fiscal”, permitiu que os Estados e o Distrito Federal deliberassem “*sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea ‘g’, do inc. XII, do § 2º, da CF/1988*”.

A PGE emitiu Parecer jurídico, acostado às fls. 324 a 328v, ocasião em que ressaltou a necessidade, para a eficácia da remissão dos créditos tributários lançados de ofício, estabelecida pelo Conv. ICMS 190/17, de que fosse trazido aos autos a comprovação de desistência pelo contribuinte:

- a) De ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos reclamados no Auto de Infração, ou renúncia ao direito sobre o qual se fundam, com quitação integral das custas e demais despesas judiciais;
- b) De impugnações, defesas e recursos apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;
- c) Pelo advogado do contribuinte, a renúncia à cobrança de eventuais honorários sucumbenciais perante a unidade federada (Bahia);
- d) Por fim pediu-se que o contribuinte autuado apresentasse o registro e depósito no CONFAZ da documentação comprobatória dos correspondentes atos concessivos dos benefícios fiscais, inclusive dos atos normativos a eles vinculados.

Juntados pela Infaz de origem do PAF (IFEP Comércio), entre as fls. 332 a 379, os certificados de depósito, junto ao CONFAZ, solicitados pela PGE, dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Paraíba e Pernambuco. Termo de juntada dos Certificados de Depósito em 14/02/2019.

Manifestação do contribuinte nos autos inserida entre as fls. 391 a 399, datada de 22/06/2020, em atendimento da diligência determinada pelo colegiado desta 5ª JJF. Ressaltou a defendantem em relação ao pronunciamento da PGE que:

- a) Inexistente qualquer ação de embargos de execução relacionados aos créditos tributários reclamados neste Auto de Infração;

- b) Não procede a exigência da PGE no sentido de o contribuinte desistir da impugnação administrativa em trâmite no CONSEF;
- c) No que se refere à ação mandamental, não há que se falar em condenação de honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009;
- d) O registro e depósito da documentação relacionada a concessão de benefícios fiscais é de responsabilidade de cada Estado concedente do favor fiscal (unidade federada de origem da operação incentivada pelo benefício).

Ressaltou, na sequência, que a discussão travada na esfera administrativa aborda outros temas que não fazem parte do MS, centrados nos pedidos de exclusão de operações com produtos não inseridos nas disposições do Decreto 14.213/12, entre outras questões.

Sustentou, por fim, a inaplicabilidade do Decreto nº 14.213/12, em que se lastreou a autuação, visto que o referido ato normativo foi revogado pelo Decreto Estadual nº 18.219/2018. Reiterou o pedido de improcedência da Infração 01, considerando as disposições do art. 106, inc. II, alínea “a” do CTN.

Pelo princípio processual da eventualidade, pede a defesa que o PAF retorne a autuante para que sejam promovidos os ajustes na apuração dos débitos lançados no A.I., considerando as inconsistências apresentadas nas Manifestações defensivas anteriores, detalhadas em mídia digital.

A Procuradoria Estadual emitiu novo Parecer nos autos, firmado em 26/04/2021, cujo conteúdo se encontra inserido à fl. 403, frente e verso dos autos. Nesta peça, a PGE reafirmou que o Convênio ICMS 190/2017, consectário da LC 160/17, fixou requisitos para a remissão dos créditos tributários já constituídos, dentre eles: a) desistência das ações ou embargos à execução fiscal relacionados aos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, com quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais; b) desistência da impugnação ou recursos administrativos; c) pelo advogado do contribuinte, desistência de cobrança de eventuais honorário de sucumbência.

Ressaltou ainda que a norma convenial, não fez qualquer distinção sobre qual tipo de ação estaria compreendida no requisito para a eficácia da remissão, seja declaratória, anulatória ou mesmo ação de natureza mandamental, a exemplo do mandado de segurança.

Concluiu não caber remissão aos créditos tributários objeto do lançamento em lide sem a efetiva desistência do MS nº 0578182.06.2016.805.0001.

Após retorno do PAF a esta 5ª JJF, o feito foi novamente convertido em diligência, em 29/04/2022, desta vez a INFRAZ de origem, para ser cumprida pela autuante. O Termo de diligência foi lavrado nos seguintes termos:

Considerando que matéria que remanesce em litígio nessa PAF envolve, essencialmente, a discussão em torno de remissão ou não dos créditos tributários que ainda subsistem no Auto de Infração, sendo, portanto, questão meramente de direito, devem os autos retornar a autuante para que sejam adotados os seguintes procedimentos:

- a) Apresentar, no mesmo formato do Auto de Infração, por período mensal, os valores residuais das Infrações 01, 02 e 03 considerando a apuração verificada na última Informação Fiscal, peça processual apensada entre as fls. 307 e 311 e correspondentes Demonstrativos inseridos entre as fls. 312 e 315 e mídia digital (fl. 316), estabelecendo-se assim a verdadeira liquidez do presente lançamento de ofício;
- b) Na sequência, o órgão de preparo deverá dar ciência do inteiro da diligência a ser executada pela autuante ao contribuinte, através de seu advogado, concedendo prazo de 10 (dez) dias para a Manifestação defensiva.

Por fim o PAF deverá retornar ao CONSEF para deliberação do colegiado da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

A autuante, através da peça processual anexada aos autos entre as fls. 410/411, apresenta os valores remanescentes para as infrações 01, 02 e 03, com os correspondentes demonstrativos analíticos de apuração do débito.

Contribuinte notificado acerca do resultado da diligência, ingressa com Manifestação defensiva, protocolada em 08/07/22, através da peça processual juntada ao PAF entre as fls. 438/442.

Frisou que em relação à Infração 01, foi elaborado pela autuante o Anexo 5.18, fazendo constar um resumo mensal deste item do lançamento, com redução da cobrança para o valor de R\$ 22.074,52, desde que não fosse considerada a remissão. Na hipótese de a remissão ser admitida a infração seria “zerada” ou “remida”. Pede a defesa que caso a remissão não venha a ser acolhida que se determine o retorno do PAF à autuante visando a apresentação do detalhamento dos valores que resultaram na apuração da quantia de R\$ 22.074,52, sob pena de violação ao contraditório e a ampla defesa.

Relativamente à infração 02 foram apresentados três anexos:

- 1) Anexo 5.18: sem alteração da cobrança e sem remissão, no montante de R\$ 39.065,77;
- 2) Anexo 5.19: infração 02 reduzida na 1ª informação fiscal para o valor de R\$ 32.351,92, referente à planilha (Anexos 5.13/5.14), com a exclusão das mercadorias sujeitas à ST;
- 3) Anexos 5.22 a 5.25 – sem alteração e com remissão; e Anexos 5.26 a 5.27 – com alteração e com remissão. Frisou a defesa que ao analisar as duas planilhas, o valor considerado em ambas é igual: R\$ 17.204,58. Requeru a defesa que a autuante seja intimada para apresentar novos anexos para a Infração 02, considerando os equívocos apontados nas referidas planilhas, em prol da verdade material;

Para a Infração 03 foram elaborados os seguintes anexos:

- 1) 5.21: sem remissão, que corresponde ao valor da infração reduzida na 1ª informação fiscal, para a cifra de R\$ 25.310,92, com a retirada das mercadorias sujeitas à S.T.;
- 2) . 5.28/5.29: com remissão, que corresponde ao valor reduzido para R\$ 25.310,92 que com a remissão resultou no montante de R\$ 9.475,96.

Reiterou a defesa, mais uma vez, que a remissão é medida que se impõe em razão da revogação do Decreto nº 14.213/12, no ano de 2018. Citou procedentes relacionados aos Autos de Infração nº 281394.0012/17 e nº 146528.0002/18-7, cujos objetos são semelhantes ao PAF em exame. Frisou que nos citados precedentes o julgamento foi pela improcedência das cobranças em razão da remissão dos créditos tributários, em conformidade com o Convênio ICMS 190/2017.

A autuante, em novo Informativo Fiscal (fl. 446), datado de 19/08/2022, afirmou que o pedido da defesa de retorno do PAF à mesma, para a devida discriminação dos valores apurados nas revisões fiscais anteriores não procede, visto que os referidos demonstrativos já haviam sido entregues ao contribuinte. Pede, ao final que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Em despacho datado de 12/08/2022, inserido à fl. 449 deste PAF, após avaliação dos elementos existentes neste processo, conclui que o mesmo se encontra em condições de ser incluído na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

Na assentada de julgamento ocorrida em 27/09/2022, houve pedido de vistas do Consº Vladimir Morgado, e na sequência, em 29/09/2022, pedido de vistas do Consº Eduardo Dutra.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na Infração 01 a cobrança do imposto recaiu sobre a utilização indevida de créditos fiscais relacionados a operações de entradas de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado em norma de Convênio ou Protocolo aprovado no CONFAZ, na forma da Lei Complementar nº 24/1975. Refere-se a operações com mercadorias listadas no Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Na Infração 02 a exigência fiscal alcançou operações com mercadorias sujeitas ao regime da antecipação tributária total, cujo recolhimento do imposto é da responsabilidade da empresa autuada, em que se verificou a compensação a maior de créditos de ICMS, em desacordo com as limitações impostas pelo Decreto nº 14.213/2012.

Por último, na Infração 03, exige-se multa pecuniária de 60% (sessenta por cento) sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga a título de antecipação parcial, de mercadorias adquiridas em outras Unidades Federadas, para fins de comercialização, cujos créditos do imposto foram objeto de compensação em desacordo com as limitações impostas pelo Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Inicialmente cabe consignar que o presente processo foi convertido em sucessivas diligências por esta 5^a Junta de Julgamento, considerando a necessidade de enfrentamento de duas questões distintas:

1º) os autos foram remetidos à Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) visando a emissão de parecer jurídico acerca do mandado de segurança impetrado pelo contribuinte, em trâmite na 3^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - Ba, registrado sob o nº 0578182.06.2016.805.0001, através do qual foi levado ao exame do Poder Judiciário a ilegalidade das limitações de crédito do ICMS previstas no Decreto nº 14.213/2012;

2º) também foi submetido à PGE o pedido empresarial de remissão dos créditos tributários lançados no Auto de Infração considerando a superveniência da Lei Complementar nº 160/2017, do Convênio ICMS nº 190/2017 e a revogação pelo Estado da Bahia do Decreto nº 14.213/2012, pelo Decreto nº 18.219/2017,

3º) o PAF foi encaminhado a autuante, em etapas posteriores do trâmite processual, conforme Termo lavrado às fls. 406/407, visando a determinação quantitativa dos valores residuais das infrações 01, 02 e 03, considerando a reapuração do imposto e da multa efetuada pela Auditoria, na Informação Fiscal prestada nos autos, entre as fls. 307 a 311 e correspondentes demonstrativos inseridos às fls. 312 a 315 e mídia digital (fl. 316). A referida revisão do lançamento decorreu de erros de apuração do imposto, apontados pelo contribuinte nas suas sucessivas intervenções neste processo, desde a inicial até a última manifestação defensiva.

Através das diligências fiscais acima mencionadas, foram resolvidas as questões processuais passíveis de saneamento, não se mostrando necessária mais nenhuma medida de revisão adicional, conforme será melhor detalhado no exame de mérito, de cada uma das 03 (três) infrações que compõem o presente lançamento de ofício.

Indefere-se, portanto, o pedido do contribuinte formulado na Manifestação Defensiva de remessa dos autos em retorno a autuante, visando nova reapuração do imposto e das multas lançadas no Auto de Infração.

Antes de adentrar propriamente no exame das questões centrais deste processo, cabe destacar que sob o aspecto formal o Auto de Infração está revestido dos requisitos legais para a sua validade, previstos no art. 39 do RPAF/99, envolvendo os seguintes pontos: *a identificação correta do sujeito passivo; descrição dos fatos considerados infração à legislação tributária; apresentação dos Demonstrativos de Débito contendo o detalhamento da base imponível e alíquota aplicável; indicação dos dispositivos considerados infringidos e da multa aplicável;*

intimação para pagamento ou apresentação de defesa no prazo legal; e, assinatura da autoridade fiscal responsável pelo lançamento.

O contribuinte e seus advogados constituídos nos autos, foram regularmente notificados de todas intervenções realizadas no processo pela PGE, através de pareceres jurídicos, e, também das modificações efetuadas pela autuante neste PAF, através das Informações Fiscais revisoras do feito, conforme atesta os termos de intimação juntados nas seguintes páginas:

- a) 1^a informação fiscal (fls. 225/225-A e fls. 232/235);
- b) 2^a informação fiscal (fl. 317);
- c) Pareceres da PGE (fl. 389);
- d) 3^a informação fiscal (fls. 436/436-A)

Observadas, portanto, as garantias do devido processo legal, pois ao contribuinte e aos seus defensores foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Passemos então a enfrentar as questões suscitadas na peça defensiva.

Há uma questão prejudicial a ser primeiramente enfrentada na solução dessa lide fiscal. O pedido defensivo de remissão dos créditos tributários lançados no Auto de Infração, questão que repercute em todas as ocorrências que integram a peça de lançamento.

Esta Relatoria seguirá o entendimento jurídico sustentado pela Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) nos autos, através dos pareceres exarados às fls. 324 a 328verso; fls. 381 a 383verso; e, fls. 403/403verso.

Conforme ali explanado o Estado da Bahia editou o Decreto nº 14.213/2012 que, relativamente às operações de entradas de mercadorias, restringiu a utilização de créditos fiscais aos valores de ICMS efetivamente cobrados no Estado de origem, desprezando, por conseguinte, os benefícios fiscais não autorizados por Convênio e Protocolo, nos termos da LC nº 24/1975. Assim, a regra deve ser a aplicação do Decreto nº 14.213/2012 aos fatos ocorridos durante seu período de vigência.

A legislação superveniente, firmada através da LC 160/2017 e do Conv. ICMS 190/2017, de hierarquia superior, convalidou os benefícios fiscais concedidos pelas Unidades Federadas de origem das operações, hipótese em que afastada estará a incidência do Decreto nº 14.213/12. Porém, foram estabelecidas nas referidas normas de superior hierarquia algumas condicionantes para que o benefício da remissão dos créditos tributários fosse assegurado aos contribuintes.

No caso concreto vieram aos autos a comprovação de que os Estados de origem das operações publicaram nos seus respectivos Diários Oficiais e promoveram o registro e depósito na Secretaria Executiva do CONFAZ dos atos normativos concessivos dos benefícios fiscais, conforme atesta os Certificados juntados entre as fls. 331 a 379 deste PAF, em atendimento ao que determina a cláusula segunda, incisos I e II do Conv. ICMS 190/2017.

O Conv. ICMS 190/2017 estabeleceu, em acréscimo àquela exigência, que a eficácia da remissão ficaria condicionada à:

- a) desistência das ações judiciais relacionadas aos créditos tributários, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais;
- b) desistência das impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;
- c) pelo advogado do sujeito passivo, renúncia à cobrança de eventuais honorários de sucumbência perante a Unidade Federada credora do tributo a ser remido.

Conforme já destacado linhas acima, encontra-se em trâmite na 3^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - Ba, o mandado de segurança (M.S.) registrado sob o nº 0578182.06.2016.805.0001, através do qual foi levado ao exame do Poder Judiciário, antes da

lavratura do Auto de Infração, a discussão em torno da ilegalidade das limitações de crédito do ICMS previstas no Decreto nº 14.213/2012. A referida matéria também se encontra em discussão nesta lide administrativa.

O contribuinte, por sua vez, em manifestação expressa nos autos, entre as fls. 391 a 399, declarou não caber no caso em exame a desistência da ação mandamental em curso, em que houve concessão de medida liminar, considerando se tratar de M.S. proposto antes da autuação fiscal. Sustentou também não se aplicar a esta demanda a desistência da impugnação administrativa em curso neste CONSEF e a renúncia à cobrança de honorários advocatícios, por não haver em M.S. condenação por essa verba.

Nos alinhamos com o posicionamento da PGE, em seu último parecer jurídico, exarado nos autos à fl. 403, considerando que a norma convenial concessiva da remissão não fez qualquer distinção sobre qual tipo de ação estaria compreendida no requisito para a concessão do benefício do perdão da dívida tributária, seja ação declaratória, anulatória ou mesmo mandamental.

Assim, foram desatendidos pelo contribuinte os requisitos exigidos para a concessão da remissão, envolvendo especialmente a desistência da ação em curso no Poder Judiciário do Estado da Bahia, com o pagamento das custas e demais despesas processuais e a renúncia pelo advogado do contribuinte à cobrança de honorários de sucumbência. Esses requisitos estão previstos no Conv. ICMS 190/2017, razão pela qual nega-se provimento ao pedido empresarial de remissão dos créditos tributários lançados no Auto de Infração.

Há por sua vez outra questão prejudicial a ser examinada e enfrentada de ofício por este órgão julgador nos autos deste processo administrativo.

O contribuinte, de forma antecedente à lavratura do Auto de Infração, optou em levar a discussão da legitimidade e legalidade dos créditos glosados ou reduzidos na ação fiscal, pelas disposições do Decreto Estadual nº 14.213/12, que repercutiram nas cobranças que integram os itens 01, 02 e 03 da peça de lançamento, para o Poder Judiciário da Bahia, através da interposição do Mandado de Segurança registrado sob o nº 0578182.06.2016.805.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Ba.

Nesta específica situação a norma processual administrativa do Estado da Bahia afasta a possibilidade de discussão simultânea da lide, na esfera judicial e no contencioso administrativo. Aplica-se ao caso as disposições do art. 117 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), que apresenta a redação a seguir transcrita:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

Assim, considerando as disposições expressas do RPAF-Ba, contidas no art. 117, § 1º, inc. II, declaro prejudicada a impugnação administrativa interposta pelo sujeito passivo, no que se refere à legalidade dos estornos e reduções de crédito de ICMS promovidas na ação fiscal por conta da aplicação das limitações impostas pelo Decreto nº 14.213/2012, devendo os autos serem remetidos ao órgão de controle da legalidade visando a inscrição do débito e prosseguimento da discussão da lide na esfera judicial.

Nem mesmo a posterior revogação do Decreto nº 14.213/12, pelo Decreto Estadual nº 18.219/2018
ACÓRDÃO JJF Nº 0180-05/22-VD

afeta a prejudicialidade acima descrita, visto que os fatos geradores das glosas e das reduções dos créditos fiscais de ICMS nas infrações 01, 02 e 03, por ser matéria de direito material, rege-se pela norma vigente à época da realização das operações. Incabível, portanto, no presente caso, a retroatividade da norma revogadora das restrições aos créditos fiscais, cujo pedido empresarial está fundamentado nas disposições do art. 106, inc. II, alínea “a”, do CTN. O pedido de aplicação retroativa só seria cabível se o contribuinte atendesse aos requisitos para concessão da remissão.

Passaremos doravante a examinar as demais questões suscitadas pela defesa relativamente aos valores lançados no Auto de Infração.

A matéria de fato passível de exame pelo órgão julgador administrativo, que não tem coincidência com a discussão judicial, relaciona-se tão somente à liquidez das infrações 01, 02 e 03, considerando que a defesa apontou erros materiais dos levantamentos fiscais que foram objeto de revisão pela Auditoria em suas intervenções nos autos, inclusive por provocação deste órgão julgador em procedimento de diligência.

Na **Infração 01**, em que a acusação é de utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, entre os meses de janeiro a dezembro de 2013, por conta das limitações impostas pelo Decreto nº 14.213/2012, restou comprovado nos autos que as notas fiscais nº 15.208, 51.945 e 52.784 (docs. Fls. 266 a 271) e notas fiscais nº 8.427, 16.292, 16.847, 92.376, 92.553 e 43.389, (doc. fls. 288 a 304) tiveram os créditos lançados na escrita fiscal nos percentuais admitidos pelo mencionado Decreto.

Impõe-se, portanto, a redução da cobrança lançada neste item do lançamento, em conformidade com a planilhas de apuração do imposto 5.16 e 5.18, sem remissão dos créditos tributários, planilhas que estão reproduzidas na mídia digital, encartada à fl. 431, cujo inteiro teor foi entregue ao contribuinte. Rejeitados os demais pedidos de redução de valor dessa infração.

Dessa forma, a **Infração 01** passa a ter a composição, por período mensal, de acordo com demonstrativo de débito reproduzido à fl. 412 dos autos, com alteração do valor originário e sem remissão, com o seguinte conteúdo:

ANO	MÊS	DIF
2013	01	1.760,15
2013	02	454,78
2013	03	258,86
2013	04	4.904,99
2013	05	3.537,64
2013	06	3.397,63
2013	07	1.656,96
2013	08	700,67
2013	09	1.414,58
2013	10	1.818,45
2013	11	1.704,56
2013	12	465,26
		22.074,52

Na **Infração 02**, que se refere a recolhimento a menor da antecipação total por conta das limitações à dedução dos créditos fiscais impostas pelo Decreto nº 14.213/2012, foi admitido, em revisão fiscal, os créditos pelo valor integral das mercadorias originárias de estabelecimentos industriais, fabricantes das mercadorias, por se tratar de situação não contemplada no referido Decreto, e por envolver hipótese de substituição tributária. Trata-se de operação originária do Estado do Espírito Santo envolvendo as remessas de chocolates por estabelecimento fabricante deste produto, conforme detalhamento apresentado às fls. 206 a 208 dos autos, fato apurado em procedimento de revisão cujo inteiro teor foi entregue ao contribuinte. Rejeitados os demais pedidos de redução de valor dessa infração.

Dessa forma a **Infração 02** passa a ter a composição, por período mensal, de acordo com demonstrativo de débito reproduzido à fl. 414, dos autos, com alteração do valor originário e sem remissão dos créditos tributários:

ANO	MÊS	DIF
2013	02	1.011,05
2013	03	3.250,46
2013	05	5.939,32
2013	06	5.110,69
2013	08	268,88
2013	09	4.930,87
2013	10	1.475,29
2013	11	10.365,35
		32.351,92

Na **Infração 03**, que envolve a cobrança de multa percentual sobre a parcela do ICMS antecipação parcial de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, tributadas normalmente nas saídas subsequentes, houve também limitações à dedução dos créditos fiscais impostas pelo Decreto nº 14.213/2012, que repercutiram no cálculo da penalidade pecuniária que toma por base o imposto que deveria ter sido recolhido na etapa de aquisição das mercadorias.

Na revisão do feito promovida pela autuante foram excluídas dessa cobrança as operações com mercadorias sujeitas ao regime da antecipação total, listadas à fl. 308 (grelha rotativa – item 24.4, Anexo I, do RICMS-Ba; roupa íntima descartável – item 32.2, Anexo I, do RICMS-Ba; óleo desinfetante, item 25.1, Anexo I, do RICMS-Ba).

Excluídas também da referida cobrança as operações acobertadas pelas notas fiscais nº 15.208, 51.945 e 52.784 (docs. fls. 266 a 271) e notas fiscais nº 8.427, 16.292, 16.847, 92.376, 92.553 e 43.389, (doc. fls. 288 a 304), que tiveram os créditos lançados na escrita fiscal nos percentuais admitidos pelo Decreto nº 14.213/2012. Impõe-se, portanto, a redução da cobrança lançada neste item do lançamento, em conformidade com as planilhas de apuração do imposto 5.17 e 5.21, sem remissão dos créditos tributários, reproduzidas na mídia digital encartada fl. 431, cujo inteiro teor foi entregue ao contribuinte. Rejeitados os demais pedidos de redução de valor dessa infração.

Dessa forma a **Infração 03** passa a ter a composição, por período mensal, de acordo com demonstrativo de débito reproduzido à fl. 415 dos autos:

ANO	MES	DIF
2013	01	
2013	02	1.923,00
2013	03	1.556,12
2013	04	4.949,46
2013	05	4.426,33
2013	06	1.509,17
2013	07	1.398,92
2013	08	1.792,42
2013	09	804,70
2013	10	1.589,75
2013	11	302,70
2013	12	5.058,36
		25.310,93

CONCLUSÃO

Isto posto, indefiro o pedido da defesa voltado à remissão dos créditos tributários, considerando que o sujeito passivo deixou de atender aos requisitos previstos no Convênio ICMS nº 190/2017 para a concessão da referida benesse.

No que se refere ao mérito, julgo prejudicada a impugnação interposta pelo contribuinte, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º do RPAF-BA, no montante histórico de imposto de **R\$ 54.426,44**, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, e demais consectários, além da multa pecuniária no valor principal de **R\$ 25.310,93**, prevista no mesmo dispositivo legal, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento, caso a decisão judicial venha a ser favorável ao sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, considerar **PREJUDICADA**, a impugnação apresentada e, de ofício, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0013/17-7**, lavrado contra a empresa **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimada a autuada a recolher o imposto no montante de **R\$ 54.426,44**, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, e demais consectários, além da multa pecuniária no valor principal de **R\$ 25.310,93**, prevista no mesmo dispositivo legal. Encaminhe-se, o PAF, para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, inc. II, do RPAF-BA, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento, caso a decisão judicial venha a ser favorável ao sujeito passivo.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

PER ARDUA SURGO
BRASIL