

A. I. N° - 269354.0016/22-4
AUTUADA - DAX OIL REFINO S/A
AUTUANTE - LUIS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.11.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0203-05/22-VD

EMENTA. ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. OPERAÇÕES DE REFINO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. O contribuinte que desenvolve atividade econômica de refino de petróleo e gás natural, utilizou crédito presumido de ICMS em percentual superior ao estabelecido na legislação baiana de regência do imposto no período mensal objeto da ação fiscal. Insubsistentes os argumentos defensivos para afastar a cobrança. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se Auto de Infração lavrado em 20/09/2022, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 866.507,36 contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 001.004.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS. Ocorrência verificada em 31/01/2022. Valor do imposto calculado à alíquota de 18%, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Enquadramento da infração: art. 49, da Lei nº 7.014/96 c/c os arts. 269 e 270 do RICMS-Ba.

No campo Descrição dos Fatos do Auto de Infração a Auditoria inseriu as seguintes informações: Com relação à apuração do ICMS, observou-se a utilização pela empresa de crédito presumido de 9,46% ao invés de 2,34% no mês de janeiro de 2022, na forma do art. 270, inciso XX, do Decreto nº 13.780/2012 – RICMS-Ba, Convênio ICMS nº 07/2019, proporcionando um crédito a maior na escrita fiscal do ICMS, em janeiro de 2022, no montante de R\$ 806.507,36, assim demonstrado:

- A - Crédito presumido de 9,46%: R\$ 1.151.286,47;
- B - Crédito presumido de 2,34%: R\$ 284.779,10;
- C - Crédito Fiscal indevido: R\$ 866.507,36 (A-B).

Documentos juntados na peça acusatória (fls. 05/17): Ordem de Serviço; Termo de Início de Fiscalização; Relatório de Auditoria Tempo Presente, Situação Cadastral e Informações Econômico-Fiscais; Demonstrativo de Apuração do crédito indevido, cópia reprográfica do livro de Apuração do ICMS – Modelo P9 do mês de janeiro de 2022; e, mídia digital (CD), contendo os arquivos gerados na ação fiscal.

Contribuinte notificado da ação fiscal em 22/09/2022, ingressa com defesa administrativa, subscrita por seu Diretor Presidente, através da petição juntada aos autos entre as fls. 20 a 29, protocolada em 29/09/2022.

Após fazer uma síntese da acusação fiscal o contribuinte discorreu acerca de alguns fundamentos jurídicos da tributação, com destaque dos elementos configuradores do dever de pagar tributo: o PESSOAL que indica as pessoas envolvidas no acontecimento (sujeito ativo e sujeito passivo); o MATERIAL que revela a matéria (coisa ou pessoa) Tributável, bem assim a mensuração dessa matéria (base de cálculo) e o referencial de quantificação do tributo (alíquota); o ESPACIAL que

descreve a área onde o acontecimento ocorrerá; o TEMPORAL que determina o momento em que a caracterização desse tipo se completará.

Destacou ser integrante de um tradicional grupo societário detentor de reputação no mercado nacional e cumpridor de suas obrigações legais e contratuais, notadamente as imposições fiscais-tributárias.

Na sequência, a defesa declarou serem inverossímeis os fatos alegados pelo autuante na peça de lançamento. Afirmou ser necessário ter-se uma visão sistêmica da infração. Pontuou que o art. 270, inc. XX, do RICMS-BA (Dec. 13.780/12), citado no corpo do Auto de Infração, estabeleceu o seguinte regramento:

Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações:

(...)

XX - aos estabelecimentos que exerçam a atividade econômica de fabricação de produtos do refino de petróleo e de gás natural, CNAE/FISCAL 1921-7/00, o valor equivalente ao percentual de 2,34% (dois inteiros e tinta e quatro centésimos por cento), aplicado sobre o valor do imposto debitado nas operações de saídas de produção própria, desde que o contribuinte formalize a opção mediante requerimento encaminhado ao titular da COPEC, não podendo ser alterada no mesmo exercício (Conv. ICMS 07/19);

Nota: A redação atual do inciso XX do caput do art. 270 foi dada pelo Decreto nº 20.992, de 23/12/21, DOE de 24/12/21, efeitos a partir de 01/01/22.

Redação anterior dada ao inciso XX do caput do art. 270 pelo Decreto nº 20.137, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, efeitos de 01/01/21 até 31/12/21: “*XX - aos estabelecimentos que exerçam a atividade econômica de fabricação de produtos do refino de petróleo e de gás natural, CNAE/FISCAL 1921-7/00, o valor equivalente ao percentual de 9,46% (nove inteiros e quarenta e seis centésimos por cento), aplicado sobre o valor do imposto debitado nas operações promovidas pelo estabelecimento, desde que o contribuinte formalize a opção mediante requerimento encaminhado ao titular da COPEC, não podendo ser alterada no mesmo exercício (Conv. ICMS 07/19);*”

O contribuinte apresentou o histórico normativo do inc. XX, do art. 270, do RICMS-Ba:

Decreto n.º 19.184/2019, DOE: 23/08/2019, Efeitos: 24/08/2019 a 31/08/2019: 9,71%
Decreto n.º 19.451/2020, DOE: 05/02/2020, Efeitos: 01/09/2019 a 31/12/2020: 10,43%
Decreto n.º 20.137/2020, DOE: 08/12/2020. Efeitos: 01/01/2021 a 31/12/2021: 9,46%
Decreto n.º 20.992/2021, DOE: 24/12/2021, Efeitos: 01/01/2022 a 31/12/2022: 2,34%

A defendente sublinhou que talvez, por uma economicidade de produção de texto normativo, o Estado da Bahia inseriu a regra do benefício fiscal no RICMS/BA de forma sintetizada, no caso, o inciso XX do art. 270, originariamente advinda do Convênio ICMS nº 07/2019, onde o conteúdo normativo do referido acordo interestadual, tem no seu bojo, um conjunto de regras e obrigações, tanto para as unidades federadas, como para os contribuintes, para exercerem a opção do crédito presumido ali previsto.

Reproduziu na sequencia o inteiro teor do Convênio ICMS 07/2019, de 13/03/2019, para afirmar que a referida norma é de natureza autorizativa, permitindo às Unidades da Federação concederem ou não o benefício fiscal do crédito presumido.

O Estado da Bahia inseriu o referido Convênio na sua legislação interna, ou seja, no RICMS, através do Decreto nº 19.194/2019, todavia no formato extremamente resumido, atendendo, mesmo assim, aos requisitos da Lei Complementar nº 24/1975. Todavia, para a defesa, essa inserção de forma resumida na legislação interna não implica que os contribuintes em geral fiquem submetidos somente à regra específica do RICMS, devendo ser consideradas as normas do Convênio em sua totalidade.

Em outro tópico a defesa declarou que seguindo o quanto estabelecido no inc. XX, do art. 270, do RICMS-Ba, formalizou opção pelo uso do crédito presumido, mediante requerimento encaminhado à SAT/COPEC, conforme detalhamento abaixo:

- PAF 538.356/2019-6: Período: Dez/2019 a Dez/2020;
- PAF 004.594/2021-0: Período: 2021;
- PAF 013.1346.2022.0004077-49: Período: 2022. (PROCESSOS EM ANEXO).

Disse a defesa que algumas regras do Convênio ICMS 07/2019 devem ser obedecidas pelas unidades federadas para que ocorra a validação do uso do crédito presumido, especialmente para os exercícios fiscais subsequentes. Nesse sentido dispõe o § 2º, da Cláusula Terceira do referido Convênio que estabelece que os Estados publicarão, até 31 de outubro do exercício corrente, o percentual de crédito presumido previsto para vigência a partir do primeiro dia do exercício seguinte à publicação.

No caso concreto, o Decreto Estadual nº 20.992/2021, foi publicado no DOE de 24/12/2021, estabelecendo o percentual de crédito presumido de 2,34%, a ser considerado no art. 270, inc. XX, do RICMS.

Argumentou a defesa que o autuante fez referência ao Convênio ICMS 07/2019, como fonte normativa do lançamento, incorrendo em vício insanável por erro de direito, já que deixou de ser observada a legislação de regência aplicável à situação fática em exame, incorrendo também em afronta aos princípios da legalidade e da motivação dos atos administrativos.

Entende o contribuinte que o Decreto 20.992/2021, publicado no DOE de 24/12/2021, para ter validade legal, no exercício de 2022, deveria ter sido publicado até 31/10/2021, na forma prevista no § 2º, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 07/2019, ratificado pelo Estado da Bahia, através da sua inserção no Regulamento baiano.

Requer a defesa que lhe seja assegurado o direito ao uso do crédito presumido no percentual de 9,46%, conforme regra estabelecida pelo Decreto nº 20.137/2020, publicado no DOE de 08/12/2020.

Ao concluir a peça de defesa o contribuinte pede que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE.

Documentos juntados na peça impugnatória (fls. 30/39): Estatuto da sociedade empresária; Parecer Fiscal nº 53835620196, que convalidou a opção pelo crédito presumido de 9,71% no período de apuração de dezembro/2019 a dezembro/2020, em substituição de quaisquer outros créditos de ICMS, aplicado sobre o valor do imposto debitado nas operações promovidas pela requerente. Consta nos autos, à fl. 41, que a empresa autuada, através do Processo SEI nº 013.1346.2022.0004077-49, comunicou à SEFAZ-Ba, através da SAT/COPEC, a pretensão de continuar utilizando o crédito presumido previsto no art. 270, inc. XX, do RICMS-Ba, peça que foi apensada aos processos anteriores de comunicação do referido benefício fiscal (PAFs nº 538.356/2019-6 e nº 004.594/2021-0).

Informativo Fiscal prestado pelo autuante, através da peça processual anexado aos autos entre as fls. 43/44, datada de 04/10/2022.

Declarou que a empresa autuada está autorizada na SEFAZ-BA para a utilização do crédito presumido, conforme histórico que integra o Despacho do processo SEI n.º 013.1346.2022.0004077-49, anexo ao PAF nº 120.432/2022-2.

Comentou que as disposições contidas no art. 270, inciso XX, Decreto n.º 13.780/2012-RICMS/BA, não contemplam integralmente o regramento previsto no Convênio ICMS 07/2019. Nesse sentido, conforme dispõe o §2º da Cláusula terceira, do Convênio ICMS 07/2019, as unidades federadas deverão publicar, até 31 de outubro do exercício corrente, o percentual de crédito presumido para vigência a partir do primeiro dia do exercício seguinte à publicação. Por sua vez, o Decreto n.º 20.992/2021, foi publicado no DOE de 24/12/2021, para ter validade legal no exercício de 2022.

Nesse contexto, observa-se que existe dissonância entre as regras do Convênio ICMS n.º 07/2019 e o ato de publicação do Decreto n.º 20.992/2021, especialmente no que se refere ao § 2º da Cláusula terceira, do referido Convênio.

Concluiu afirmando que a linha de autuação foi estruturada literalmente na legislação do ICMS vigente na Bahia, conforme Decreto n.º 13.780/2012-RICMS/BA.

Ao finalizar a peça informativa o AUTUANTE pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente **PROCEDENTE**.

Em despacho exarado à fl. 48 deste PAF, datado de 21/10/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência fiscal relacionada à utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação de regência do tributo.

Trata-se do crédito presumido, previsto no art. 270, inc. XX, do RICMS-Ba (Decreto nº 13.780/12), que alcança os estabelecimentos que exercem a atividade econômica de fabricação de produtos do refino de petróleo e de gás natural, CNAE/FISCAL 1921-7/00, no valor equivalente ao percentual de 2,34% (dois inteiros e tinta e quatro centésimos por cento), para o exercício de 2022, aplicado sobre o valor do imposto debitado nas operações de saídas de produção própria.

É requisito para o gozo do benefício fiscal que o contribuinte formalize a opção de uso do crédito presumido em substituição aos créditos fiscais pelas entradas de mercadorias e serviços tributados, mediante requerimento encaminhado ao titular da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis da SEFAZ-Ba), não podendo essa opção ser alterada no mesmo exercício fiscal, conforme normas inseridas no Convênio ICMS 07/2019.

Inicialmente cabe destacar que não houve alegações por parte da defesa de vícios formais do procedimento fiscal, estando o Auto de Infração em conformidade com os requisitos previstos no art. 39 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), notadamente: a correta identificação do sujeito passivo; a descrição do fato considerado infração; o demonstrativo de apuração do imposto com a correspondente base de cálculo; a alíquota e o valor do tributo; a identificação da multa aplicável; dispositivos legais considerados infringidos; a intimação para pagamento ou apresentação de defesa no prazo legal; e, por fim, a identificação da repartição fazendária por onde tramita o processo e a autoridade fiscal responsável pelo lançamento. Assegurado ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa. Inexistem, portanto, nulidades processuais impeditivas do exame de mérito da presente lide fiscal.

Pertinente ao mérito, cabe destacar, preliminarmente, que o contribuinte de fato exerce a atividade de refino de petróleo e gás natural (CNAE/FISCAL 1921-7/00), tendo encaminhado ofício à SEFAZ-Ba manifestando a sua opção de continuidade do uso do crédito presumido, em substituição a quaisquer créditos de ICMS, no exercício de 2022, conforme atesta o Despacho juntado ao PAF, à fl. 41, subscrito pela autoridade fiscal da SAT/COPEC.

A matéria objeto da controvérsia nestes autos diz respeito a percentual de crédito presumido a que tem direito o contribuinte, considerando que o Estado da Bahia, editou e publicou o Decreto nº 20.992, em 24/12/2021, estabelecendo que o crédito presumido, a partir de 01/01/2022, seria de 2,34%. Sustenta o contribuinte que o referido Decreto, para ter validade a partir de janeiro do corrente ano, deveria ter sido publicado até 31/10/2021, em cumprimento ao que determina o § 2º,

da Cláusula Terceira, do Convênio ICMS 07/2019, norma matriz da benesse fiscal, que apresenta a seguinte redação:

Cláusula terceira - O percentual de crédito presumido poderá ser revisto a cada exercício, iniciando sua vigência a partir do primeiro dia do exercício seguinte à publicação.

§1º O período base para fins de revisão do percentual do crédito presumido será de 1º de julho do exercício anterior a 30 de junho do exercício vigente.

§2º As unidades federadas publicarão, até o dia 31 de outubro do exercício corrente, o percentual previsto no caput desta cláusula.

Ocorre que o referido Convênio é de natureza autorizativa, conforme consta da Ementa da citada norma, de maneira que o Estado poderia implementar, na sua legislação, todo o seu conteúdo ou apenas parte. Isto porque o Convênio ICMS 07/2019, disciplina múltiplas questões abarcando: autorização de créditos presumidos para empresas do setor de petróleo e gás, prazos de publicação dos percentuais de crédito presumidos na legislação das unidades federadas; e, normas relativas a remissão de créditos tributários.

No que se refere ao prazo de publicação da norma alteradora dos percentuais de crédito presumido resolveu a Bahia não inserir em sua legislação a regra do § 2º, da Cláusula Terceira do Convênio retromencionado, porém sempre publicando as alterações dos percentuais no exercício fiscal anterior à sua vigência, atendendo ao princípio da anterioridade tributária.

Assim, não resta dúvidas de que a partir 01 de janeiro de 2022, nos termos da redação dada ao inciso XX, do art. 270, do RICMS-Ba, pelo Decreto nº 20.992/2021, o percentual de crédito presumido a que faz jus o contribuinte é de 2,34%. Dessa forma, o crédito presumido lançado pela autuada na sua escrita fiscal, no percentual de 9,46%, contrariou disposição expressa da legislação do Estado da Bahia, sendo que o valor excedente deve ser considerado crédito indevido, conforme lançamento efetuado pela Auditoria no Auto de Infração.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “*in totum*” do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269354.0016/22-4**, lavrado o contra **DAX OIL REFINO S/A**, devendo o contribuinte ser intimado a proceder o recolhimento do ICMS no valor principal de **R\$ 866.507,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR