

A.I. Nº - 300766.0012/20-4
AUTUADO - MARIA GEZUÍNA SIMPLÍCIO RIBEIRO SILVA
AUTUANTES - LUCIMAR RODRIGUES MOTA e JOSÉ NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0121-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS INCLUÍDAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Impossibilidade de utilização de créditos fiscais decorrentes de notas fiscais não registradas para efeito de compensação de débitos reclamados mediante Auto de Infração. Não restou comprovado que as operações objeto da autuação se encontram alcançadas pela remissão de créditos tributários autorizado pelo Convênio ICMS 190/2017 e pelo Decreto nº 18.219/18. Não acolhida a arguição de nulidade e acolhido o pedido de decadência de parte do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 288.129,98 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: **Infração 01 – 01.02.06:** “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Demonstrativo Crédito indevido – Mercadorias com ICMS substituído*”.

O autuado, através de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, do qual alegou ter tomado ciência em 22/12/2020, requerendo, inicialmente, que todas as intimações relacionadas ao presente feito sejam dirigidas aos Patronos que subscrevem a presente peça defensiva, por uma questão de celeridade processual.

Após discorrer acerca das razões da impugnação, passou a arguir a decadência para os fatos geradores ocorridas a partir do mês de junho/2015 até dezembro/2015, por considerar já haver decorrido o prazo de cinco anos a partir do fato gerador, citando jurisprudência deste CONSEF para respaldar seu argumento.

No tópico seguinte passou a discorrer a respeito do princípio da não cumulatividade do ICMS, mencionando doutrina e jurisprudência a este respeito, para concluir este tópico asseverando que sempre possui créditos fiscais capazes de suprir os débitos, razão pela qual requereu que seja retificado o valor da presente exigência fiscal considerando no *quantum debeat* o direito de utilização de crédito de ICMS em anexo (Doc. 3), devendo ser recolhido aos cofres públicos apenas a diferença, se houver.

Em seguida passou a se reportar ao que denominou “*Cobrança indevida face a revogação do Decreto nº 14.213/12*”, citando que este dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no seu Anexo Único, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Federal nº 24 de 07 de janeiro de 1975, observando que o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no estado de origem, conforme estabelecido no citado Anexo Único.

Frisou que foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos, sendo que, em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio,

o Estado da Bahia, por meio do Decreto 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017, observando que adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, como se pode observar nas notas fiscais em anexo (Doc. 05).

Salientou que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições, e, de acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Aduziu que, no caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão pela qual pede pela insubsistência da autuação, acrescentando que tudo que era previsto, conforme abaixo, foi revogado, ou seja:

Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

Nesta esteira, citou e transcreveu ementas de julgados realizados por este CONSEF visando consubstanciar seus argumentos: Acórdãos CJF 0098-11/20, 0111-12/20, 0061-11/20 e 0228-03/20, além de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça a respeito deste tema.

Concluiu pugnando pela nulidade do Auto de Infração e, de forma subsidiária, sua improcedência.

Um dos autuantes apresentou a Informação Fiscal de fls. 44 a 46, posicionando-se no sentido de que pela Súmula 12 CONSEF entende que o prazo final de decadência ocorre com a ciência do sujeito passivo, e, no presente caso, o autuado foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 28/12/2020, conforme cópia da Mensagem DT-e, às fls. 23 e 24, do PAF, portanto, para o exercício de 2015, sustentou que não ocorreu a decadência.

No que se refere ao Decreto nº 18.219/2017, citou que o autuado expôs observações a partir de janeiro de 2018, enquanto que o período fiscalizado findou em 31/12/2017, portanto sem alcance desse Decreto.

Quanto aos acórdãos CJF citados pela defesa sobre crédito fiscal por utilização indevida de mercadorias com ICMS pago por substituição tributária, disse que foram providos porque existiam nas infrações a eles relacionados mercadorias que não condiziam com a autuação, entretanto, isto não aconteceu com a infração deste PAF, pois todas as NF-es discriminadas no demonstrativo desta infração são de mercadorias relacionadas no Anexo 1, do RICMS/2012, sendo, portanto, indevido o crédito fiscal referente a mercadorias com fase de tributação já encerrada.

Acrescentou que o autuado não expôs com clareza e precisão erros encontrados nos papéis de trabalho que acompanham a autuação, não apontou com exatidão valores e nem tampouco o número do documento fiscal, tipo de mercadoria, e muito menos quais demonstrativos continham itens não enquadrados no Anexo 1, do RICMS/2012, sendo que, em busca da verdade material, examinou os arquivos Doc. 03, Doc. 04 e Doc. 05 anexos ao CD, fl. 42, todas as cópias

dos documentos fiscais são do ano 2017 e algumas dessas cópias foram repetidas mais de uma vez, passando a exemplificá-los:

Doc. 03:

NF-e 332/336/393 - produto CODORNA IN NATURA - NCM 0207, produto listrado no item 11.35.0 (carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados ou defumados, resultantes do abate de AVES), Anexo 01, do RICMS/2012. Comprovado que o crédito não poderia ter sido utilizado.

NF-e 917/926 – PÃO E BISCOITOS, produtos elencados nos itens 11.18; 11.21.0; 11.22.0 e outros, do Anexo 1, do RICMS/2012, portanto correto fazer parte do demonstrativo da Infração de Uso Indevido de Crédito Fiscal Mercadorias ST.

NF-e 10.833/11.478 – CHOCOLATE, produto listrado nos itens 11.4 e 11.7, do Anexo 1, do RICMS/2012, portanto não cabe o uso do crédito.

Doc. 04:

NF-es 1.888 e 6159 – big lanche e lanches (BISCOITOS) produtos elencados nos itens 11.18; 11.21.0; 11.22.0 e outros, do Anexo 1, do RICMS/2012. Demonstrativo correto.

NF-e 529 – CASTANHA DE CAJU, produtos listrados nos itens 11.11.0 e 11.11.1 (amendoim e castanhas tipo aperitivo em embalagem inferior a 1Kg), do Anexo 1, do RICMS/2012, mercadoria ST, sendo indevido uso do crédito fiscal, demonstrativo correto.

NF-e 7513 – ABSORVENTE, item 9.24 (absorventes higiênicos externos), do Anexo 1, do RICMS/2012. Portanto, lançamento confirmado no demonstrativo da Infração.

NF-e 5514 - TORNEIRA, produto Materiais de Construção e Congêneres, item 8.79, do Anexo 1, do RICMS/2012. Ficando comprovado que o uso de crédito referente a esse produto é indevido.

Doc. 05:

NF-e 028 – BOLINHO, produtos elencados nos itens 11.18; 11.21.0; 11.22.0 e outros, do Anexo 1, do RICMS/2012, portanto correto sua inclusão no demonstrativo da infração.

NF-e 222 – CROCANTÍSSIMO – SALGADINHOS DIVERSOS, item 11.9, do Anexo 1, do RICMS/2012, comprovando o correto enquadramento como crédito indevido mercadorias com imposto pago por Substituição Tributária.

Observou, ainda, que para as notas repetidas não se faz necessário repetir comentários.

Quanto à nulidade do Auto de Infração, não acolheu o argumento defensivo sustentando que não desobedeceu ao que preceitua o Art. 18 do RPAF, Decreto Nº 7.629/1999, ou seja, foi lavrado por servidor competente, foram entregues ao Contribuinte cópia do AI e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido, o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário e ainda, o sujeito passivo é legítimo.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Thaiane Silva Andrade, OAB/BA nº 71.103, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente lançamento foi expedido objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 288,129,98, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Demonstrativo Crédito indevido – Mercadorias com ICMS substituído”*.

O autuado pleiteou a nulidade do Auto de Infração *“por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas”*, não apontando, objetivamente, qual ou quais as normas que teriam sido violadas.

Examinando as peças constitutivas destes autos, vejo que a auditoria fiscal foi iniciada de forma regular mediante Termo de Início de Ação Fiscal expedido em 16/04/2020, fl. 07, e Termos de Prorrogação de Ação Fiscal emitidos em 15/07/2020 e 28/10/2020, fls. 08 e 09, autorizados mediante Ordens de Serviço oriundas da repartição fazendária na qual o autuante se encontra vinculado.

Vejo, também, que foram atendidas todas as determinações contidas no Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, tendo sido entregues ao autuado todas as peças que motivaram a autuação, com concessão de prazo legal para apresentação de defesa, o que ocorreu.

Por não vislumbrar qualquer desobediência por parte do autuante ao princípio da reserva legal, alegado pelo autuado, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Foi apresentado pelo autuado uma preliminar de mérito suscitando a decadência das exigências relacionadas ao período de junho/2015 a dezembro/2015, sob a alegação de que só foi cientificado da autuação no dia 22 de dezembro de 2020.

De acordo com a Mensagem DT-e de fl. 24, o autuado teve ciência do lançamento no dia 28/12/2020 e englobando, também, ocorrências a partir de 30/06/2015 a 30/11/2015, decorrentes de créditos fiscais regularmente escriturados em sua EFD, porém considerados indevidos pela fiscalização.

Neste sentido é certo que o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o imposto que considerou como devido, porém, na data da ciência pelo autuado da notificação do lançamento, já havia decaído o direito de a Fazenda Pública efetuar lançamento para fatos geradores ocorridos anteriormente a 28/12/2015 pois já haviam transcorridos mais de 05 (cinco) anos da data da ocorrência desses fatos geradores, razão pela qual, com supedâneo no Art. 150, § 4º do CTN, fica extinto o direito da Fazenda Pública de efetuar lançamento para exigir crédito tributário relacionados aos referidos períodos.

Com isso, devem ser excluídos do lançamento em tela os seguintes valores: Jun/15 R\$ 19.056,91; Jul/15 R\$ 20.962,45; Ago/15 R\$ 17.894,49; Set/15 R\$ 11.960,17; Out/15 R\$ 15.081,58 e Nov/15 R\$ 18.377,03, que totalizam R\$ 103.332,63, em face da ocorrência da decadência referida.

Em relação aos débitos relacionados as parcelas não alcançadas pela decadência passo ao exame do seu mérito.

Como primeiro argumento foi citado pela defesa o princípio da não cumulatividade do ICMS, e, nessa ótica, alegou que foi ignorado pelo autuante a existência de créditos fiscais constantes em notas fiscais idôneas cujos créditos fiscais não utilizou (Doc. 3), os quais, ao seu entender, satisfazem o débito indicado.

Não vejo como se sustentar o argumento supra. A uma que com a alegação acima o autuado dá a entender que não registrou/escriturou notas fiscais de aquisições de mercadorias ou bens que realizou. Esta é uma situação que, se verdadeira, cabe ao mesmo buscar os meios legais para processar a escrituração extemporânea dos ditos créditos, se devidos, e observado o prazo decadencial.

A duas, não é possível se efetuar compensação de débitos apurados mediante Auto de Infração com supostos créditos fiscais não escriturados, portanto, impossível acolhimento do pleito defensivo.

O outro argumento apresentado pelo autuado diz respeito a cobrança indevida do imposto face a revogação do Decreto nº 14.213/2012, que dispunha sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias indicadas no Anexo I deste decreto, contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo.

Citou que a revogação deste decreto ocorreu por meio do Decreto nº 18.219 de 26/01/2018, destacando ainda que o Convênio ICMS 190/2017, nos termos autorizados pela Lei Complementar nº 170 de 07 de agosto de 2017, sobre a remissão dos créditos constituídos ou não, decorrentes de isenções, incentivos e benefícios fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII, § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Nesse sentido mencionou que de acordo com a Cláusula oitava do aludido Convênio foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos aludidos benefícios fiscais.

Apesar de assistir razão ao autuado quanto à questão relacionada a revogação do Decreto nº 14.213/2012, que dispunha sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias indicadas no Anexo I deste Decreto, algumas questões necessitam ser aqui evidenciadas.

Mesmo o autuado tendo afirmado que adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados ao Anexo único do decreto revogado, não foi comprovado pelo mesmo que as mercadorias constantes no denominado “Doc. 05” estavam elencadas no rol constante no aludido anexo único e se foi obedecido o seu regramento, configurando total falta de clareza em seu argumento.

A este respeito, considero relevante ressaltar que a autuante observou que o autuado não apontou/identificou as notas fiscais que não estavam enquadradas no Anexo I do RICMS/2012, indicando diversas notas fiscais que se enquadram exclusivamente no Anexo I do RICMS/2012, que foi o objeto da autuação, pois, efetivamente sujeitas a substituição tributária, cujo crédito fiscal é vedado ante ao encerramento da fase de tributação, tendo, ainda, apontado diversas notas fiscais repetidas em seus demonstrativos.

Por outro ângulo, vejo que outro fato importante a ressaltar é que um dos requisitos importantes para a fruição da remissão em questão, se fosse o caso, não foi cumprido pelo autuado, qual seja, a manifesta desistência da defesa, conforme determinado pela Cláusula oitava, § 2º, II do Convênio CONFAZ 190/17, e do art. 1º, § 2º, II da Lei Estadual nº 14.033/18.

Quanto ao pedido do Patrono do autuado no sentido de que as intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas ao endereço que indicou, informo que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais ocorrem em consonância com o previsto pelo art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada impede que o pedido formulado também possa ser atendido.

Em conclusão, após a exclusão das parcelas abarcadas pela decadência no total de R\$ 103.332,63, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 184.797,35.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0012/20-4**, lavrado contra **MARIA GEZUÍNA SIMPLÍCIO RIBEIRO SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 184.797,45**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 14 de junho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR