

PROCESSO	- A. I. N° 269130.0040/19-1
RECORRENTE	- MFB RUA PARA LTDA. [LUANA KARLA BIAZUSSI CAPPELLESSO & HERNANEE SOUZA BORGES LTDA.]
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0025-01/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFRAZ OESTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-11/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária (art. 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12). Inexistência de qualquer exceção expressa admitindo o creditamento levado a efeito pelo autuado. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 120.407,17, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado:

Infração 01 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária.

Período de ocorrência: setembro a dezembro de 2018, fevereiro a setembro de 2019.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 16 a 25). A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 54/61).

Após a devida instrução processual, a 1ª JJF assim decidiu:

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que não há como prosperar a pretensão defensiva de nulidade do Auto de Infração, haja vista que lavrado em conformidade com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia, não tendo ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual administrativo, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em exame.

A alegação defensiva de que não foi intimado para corrigir as inconsistências de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, consoante o art. 247, § 4º do RICMS/BA, vigente à época de ocorrência dos fatos, não se aplica a espécie, haja vista que a exigência fiscal não diz respeito a inconsistências ou mesmo falta de entrega da EFD, mas sim a uma conduta infracional decorrente do lançamento indevido de crédito fiscal. Ou seja, não se trata de alguma falha no sistema eletrônico da EFD, mas a lançamentos de créditos fiscais indevidos decorrentes da ação humana, cabendo observar que a infração independe da intenção do agente.

Assim sendo, independentemente da revogação do § 4º do art. 247 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, ter ocorrido no mesmo dia do envio do Termo de Início de Fiscalização, conforme aduzido pela autuante, mesmo

que o referido dispositivo normativo ainda estivesse em vigor, não seria o caso de situação passível de aplicação do referido dispositivo regulamentar.

No tocante a alegação defensiva atinente à inobservância por parte da autuante da revogação do Decreto nº. 12.413/12, ocorrida a partir de janeiro de 2018, por meio do Decreto nº 18.219/2017, certamente que não se aplica ao presente caso, haja vista que a glosa dos créditos fiscais de que cuida o presente Auto de Infração não diz respeito a limitação de crédito fiscal atinente aos benefícios fiscais tratado no referido Decreto nº. 12.413/12. Ou seja, a alegação defensiva de que adquiriu as mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto nº. 12.413/12 e obedeceu ao regramento nele constante, conforme se verifica nas notas fiscais anexadas, não tem qualquer repercussão no tocante a autuação em questão.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas pelo impugnante.

No mérito, verifico que o impugnante nada trouxe sob o aspecto quantitativo ou valorativo atinente ao levantamento fiscal levado a efeito pela autuante, ou seja, não identificou nos demonstrativos elaborados pela autuante qualquer equívoco porventura existente, atinente às notas fiscais arroladas na autuação.

O artigo 290 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, claramente dispõe sobre a vedação do crédito fiscal pelo adquirente, inclusive o crédito atinente ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Diante disso, considerando a inexistência de qualquer exceção expressa admitindo o creditamento levado a efeito pelo autuado, a infração é subsistente.

Por derradeiro, no que tange à solicitação do impugnante no sentido de que todas as intimações referentes ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira, OAB/BA nº. 44.711, no endereço constante do rodapé da petição, consigno que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão de piso, o representante do recorrente apresenta peça recursal às fls. 110/120, sendo argumentos reiterativos da peça impugnativa, conforme abaixo:

Inicialmente, invoca o artigo 272, § 5º do CPC, requerendo que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira, OAB/BA 44.711, e endereçadas a este no endereço constante do rodapé da petição de Defesa, sob pena de nulidade.

Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação, reproduzindo a infração e afirma que referida imputação deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava devido o imposto por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º do Decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais se aplicam ao cálculo da substituição tributária, pois adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, conforme se observa nas notas fiscais que anexa (Doc.01).

Apresenta as suas razões, invocando e reproduzindo o art. 2º do RPAF/BA/99. Observa que o enunciado do referido artigo informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Observa que o CTN, LC à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Salienta que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à

obediência ao princípio da reserva legal.

Frisa que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis, não podendo agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador. Neste sentido, reproduz trecho da Revista dos Tribunais.

Diz que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Acrescenta que desse modo, não podem prosperar tais imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público. Diz que no presente caso, devido aos vícios, deve ser decretada a nulidade da autuação.

Alega falta de intimação para retificação da Escrituração Fiscal Digital – EFD. Diz que a autuante lavrou o presente Auto de Infração sem lhe intimar para retificar a EFD e sem observar o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247, § 4º do RICMS/BA, vigente à época de ocorrência dos fatos. Portanto, quando o autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação.

Salienta que não se encontra nos autos qualquer intimação com prazo de 30 dias para envio ou para retificação de sua escrituração fiscal digital - EFD apresentada com inconsistências, portanto, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 § 4º do RICMS/BA, haja vista que o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Assevera que não foi observada, no procedimento fiscal realizado, a regra estabelecida na legislação tributária, relativamente à concessão do prazo de 30 dias para correção dos arquivos magnéticos, bem como não foi fornecida listagem diagnóstico indicativa das irregularidades. Sustenta que como a autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu o prazo legal para que fossem retificadas as EFDs, é absolutamente nula a autuação por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II do RPAF/BA/99. Completa que a regra é reforçada pelo art. 251, § 2º do RICMS/2012, com o dever de intimação para retificação da EFD. Reproduz ementas de julgados do CONSEF (A-0241-02/21-VD; A-0335-12/18; A-0378-12/21-VD; A-0142-05/16 e A-0146-12/17).

Concluiu que diante de tal situação, é nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria, sendo tal falha insanável, haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Alega exigência fiscal indevida em face à revogação do Decreto nº 14.213/2012. Consigna que o referido Decreto, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

Frisa 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. Observa que em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções 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.

Salienta 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 CF, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Assinala que 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 CF.

Aduz que no caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no lançamento, decorrentes do Decreto nº 12.413/2012, 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 deve-se concluir pela insubsistência da autuação. Registra que nessa esteira, o CONSEF/BA já decidiu em favor dos contribuintes, a exemplo dos Acórdãos JJF N°s 0156-03/19 e 0080-03/19. Acrescenta que o Poder Judiciário da Bahia, bem como o Superior Tribunal de Justiça (RMS 31714 / MT 2010/0044507-3) assim já decidiram.

Finaliza requerendo a nulidade total do Auto de Infração e, se assim não se entender, subsidiariamente, que se decida pela sua improcedência.

VOTO

O contribuinte veio novamente, através de Recurso Voluntário, visando modificar a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para cobrar o crédito indevido de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por Substituição Tributária. Pontuo que o recurso tempestivo é cabível e conhecido nos termos do RPAF.

A Junta Julgadora manteve a autuação, após rejeitar as preliminares de nulidades suscitadas, e verificou que os autos estão revestidos das formalidades legais exigidas pelo RPAF. Em sede de Recurso Voluntário, a recorrente alega as mesmas preliminares já rechaçadas, mas novamente apreciarei.

A primeira alegação é que o autuante teria deixado de observar que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, o qual vedava o crédito fiscal de mercadorias adquiridas dos atacadistas, com incentivo fiscal de outros estados, relacionados no anexo único do Decreto no cálculo do ICMS devido por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º do referido Decreto revogado.

Acontece que tal argumento não tem qualquer ligação com a infração cometida, pois o que lhe foi imputado foi a acusação de escrituração fiscal, equivocada, do crédito tributário referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária na sua EFD – Escrituração Fiscal Digital, ferindo o Art. 9º da Lei nº 7014/96, tendo em vista que, uma vez ocorrido a incidência da Substituição Tributária, encerra-se a fase de tributação, como podemos depreender do texto abaixo transcreto: *“Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.”*

Outra alegação recursiva foi de que o mesmo não teria sido intimado para corrigir às inconsistências de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, conforme o art. 247, § 4º do RICMS/BA, vigente à época de ocorrência dos fatos, que dizia:

“Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).”

Nota: O § 4º do art. 247 foi revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, DOE de 05/10/19, efeitos a partir de 01/11/19. Redação anterior dada ao § 4º tendo sido acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos de 27/11/15 a 31/10/19:

“§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.” (grifos acrescidos)

Como já pudemos perceber, a recorrente não trouxe qualquer informação de que houvesse falta de entrega da EFD ou ainda que o mesmo contivesse inconsistências, ao contrário, o lançamento fiscal foi feito com todas regularidades técnicas, exceto quanto à escrituração indevida de crédito fiscal do ICMS, o que estaria vedado em função do encerramento da fase de tributação.

De todo o exposto, rejeito as nulidades pretendidas.

No mérito, mais uma vez, a recorrente nada trouxe em sua defesa, e como já tratado pelo julgador de piso, ao qual me alinho quando disse que:

“O artigo 290 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, claramente dispõe sobre a vedação do crédito fiscal pelo adquirente, inclusive o crédito atinente ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Em seu recurso, voltou a pedir que todas as intimações referentes ao presente feito fossem dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira, OAB/Ba nº 44.711, no endereço constante do rodapé da petição, o que já foi plenamente atendido em julgamento de primeira instância.

E por fim, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

De todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269130.0040/19-1, lavrado contra MFB RUA PARA LTDA. [LUANA KARLA BIAZZUSSI CAPPELLESSO & HERNANEE SOUZA BORGES LTDA.], devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 120.407,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS