

A.I. Nº - 269358.0002/23-2
 AUTUADO - SUDOESTE TÊXTIL DA BAHIA LTDA.
 AUTUANTE - JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS
 ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
 PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-04/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA PROBAHIA. **a)** CRÉDITO INDEVIDO. OPERAÇÕES DE DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS. Autuado, habilitado aos benefícios concedidos pelo Programa PROBAHIA, faz jus ao crédito presumido de 81% do saldo devedor apurado em cada mês, tendo, entretanto, em relação a operações de devoluções de vendas, se creditado integralmente do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal de devolução, portanto, em valor superior ao percentual de 19% incidente na operação da respectiva saída. Acusação subsistente; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. VENDAS PROMOVIDAS PARA CONTRIBUINTES AO ABRIGO DO DIFERIMENTO PARA DESTINATÁRIO CONSIDERADO NA SITUAÇÃO DE INAPTO PARA OPERAR AO AMPARO DE TAL BENEFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que, apesar de constar no sistema da SEFAZ a inabilitação do contribuinte destinatário para operar com o regime de diferimento, o mesmo se encontrava regularmente habilitado pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, consoante Resoluções comprobatórias juntadas aos autos, o que torna insubstancial a infração. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 125.842,80, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 001.002.028:** “Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. O Estabelecimento, devidamente habilitado aos benefícios do incentivo fiscal PROBAHIA – Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia, com indicação de crédito presumido de 81% do saldo devedor, conforme Resolução nº 02/2015, promoveu operações de venda ao abrigo do benefício, sendo que em determinadas operações de DEVOLUÇÃO, registrou e utilizou crédito fiscal em valor superior a 19% do ICMS destacado na operação de saída respectiva, fato que implica em creditamento indevido com repercussão no recolhimento do ICMS no período de apuração correspondente e utilização do incentivo fiscal com impropriedade técnica. As operações detectadas acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo I, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos”. Valor lançado R\$ 49.355,76 referente ao período de março/19 a fevereiro/20, com enquadramento legal nos arts. 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c arts. 309 e 310 do RICMS/BA/2012. Multa aplicada no percentual de 60% com previsão no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 02 – 002.001.003:** “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações

tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O Estabelecimento promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis ao abrigo de DIFERIMENTO com destino a Estabelecimento com Habilitação a tal regime INAPTA na data da ocorrência do fato gerador. As operações nesta condição acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo II, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos". Valor lançado R\$ 76.374,54 referente aos meses de agosto, outubro e dezembro/19 e janeiro, fevereiro e abril/2020, com enquadramento legal nos arts. 2º, inciso I, e 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso I, do RICMS/BA/2012. Multa aplicada no percentual de 60% com previsão no art. 42, inc. II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 03 – 016.001.006:** "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. O Estabelecimento omitiu-se do registro de operação de entrada na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD. As operações nesta condição acham-se indicadas no Demonstrativo Anexo III, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos". Multa aplicada no valor de R\$ 112,50 prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 61 a 90, efetuando uma descrição dos fatos narrados no Auto de Infração, declarando o reconhecimento do débito relacionado a infração 03 no valor de R\$ 112,50, citando que já efetuou o pagamento no prazo legal, passando, em seguida, a contestar às infrações 01 e 02 conforme a seguir.

Em preliminar arguiu a nulidade das citadas infrações, pontuando que o Art. 129, § 1º, incisos III e IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB – Lei 3.956/81, determina que o auto de infração deverá indicar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, requisitos este que tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao contribuinte o direito constitucional de ampla defesa. No presente caso sustentou que o auto e infração deve ser declarado nulo por ausência de tipificação legal específica das referidas infrações 01 e 02.

Após transcrever a integra dos dispositivos legais enquadrados pelo autuante em relação a infração 01, asseverou que apenas foram apontados os artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96, artigos 309 e 310 do RICMS/BA e 42, inciso II, "f" da Lei 7.014/96 para capitular a multa aplicada, os quais, ao seu entender, não possuem qualquer relação com a infração descrita.

No que diz respeito a infração 02, também transcreveu integralmente os dispositivos legais citados na autuação, disse que não foi especificada com clareza qual a legislação relacionada ao art. 2º, inciso I, não identificando se caput, inciso ou parágrafo do art. 32 da Lei nº 7.014/96, ocasionando prejuízo à defesa, ocorrendo violação ao art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Desta forma asseverou que os fatos das infrações 01 e 02 estão incorretamente tipificados, não havendo coincidência com a descrição contida no auto de infração, inviabilizando o exercício da ampla defesa.

Ao ingressar ao mérito da autuação, infração 01, após voltar a transcrever na íntegra os dispositivos legais enquadrados na autuação, disse que a mesma não deve prosperar uma vez que o lançamento deve contar com a devida clareza, e a notificação deixou de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a autuação, não possuindo as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados.

Em relação a infração 02, onde também transcreveu o conteúdo dos dispositivos legais indicados na autuação, disse que é beneficiária deste o ano de 2010 do Programa Fiscal PROBAHIA do crédito presumido e do diferimento do ICMS conforme Resolução 10/2010 anexa, sendo que, em 01 de abril de 2015, através da Resolução nº 002/2015, foi concedida renovação do benefício pelo prazo de 15 (quinze) anos, em vigor até 2030.

Ressaltou que este benefício permite que venha utilizar crédito presumido fixado em 81% (oitenta e um por cento) do imposto incidente nas operações de saídas de fios de algodão, permitindo

também o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS pelo recebimento do exterior ou relativamente ao diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação, de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, e seus sobressalentes, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado e nas importações e nas operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

Sustentou que comprova através das notas fiscais nºs 022.020 e nº 22.021 de 12/08/2019, nº 22/208 de 30/08/2019, nº 22/698 de 15/10/2019, nº 22/822 de 25/10/2019, nº 023.317 e nº 023.348 de 23/12/2019, nº 23.649 de 30/01/2020, nº 023.693 de 03/02/2020, nº 023.747 de 07/02/2020, nº 023.754 de 10/02/2020, nº 023.764 de 11/02/2020, nº 023.771 e nº 023.772 de 12/02/2020 e nº 023.863 de 21/02/2020 e nº 024.068 de 07/04/2020, anexas, que o promoveu operações de saída de mercadorias (fios de algodão) para a empresa Sublime Douto Têxtil Ltda., ao abrigo do benefício, estando devidamente amparada pela legislação e autorização legal, conforme já demonstrada pelas resoluções citadas.

Desta forma, argumentou que não deve prosperar a alegação do autuante de que deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas, uma vez que conforme já demonstrado acima, a empresa na data da ocorrência do fato gerador encontrava-se apta para operar o benefício do PROBAHIA.

Neste sentido, sustentou que em hipótese alguma deve prosperar a alegação de que promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis ao abrigo de diferimento com destino a estabelecimento com habilitação a tal regime INAPTA na data da ocorrência do fato gerador, uma vez que o estabelecimento destinatário, Sublime Douto Têxtil Ltda., também é beneficiário do Programa Fiscal do Crédito presumido e do deferimento do ICMS (Probahia) concedido pelo Governo do Estado da Bahia, conforme Resolução nº 15/2010 (anexa), publicada no Diário Oficial de 30 de abril de 2010 com fruição até 2020, bem como pela Resolução nº 73/2020, Publicada no Diário Oficial em 22 de dezembro de 2020, (anexo) que ampliou o prazo de fruição para 15 (quinze) anos a partir de 01 de março de 2010.

À luz dos argumentos acima, sustentou que a acusação não deve prosperar, pugnando por sua improcedência.

Em conclusão requereu que, em preliminar, as infrações 01 e 02 sejam declaradas nulas em virtude de erro na capitulação legal e falta de coerência com os fatos descritos, e, no mérito, que sejam julgadas improcedentes.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 130 a 142, reproduzindo, inicialmente, partes dos argumentos defensivos, e, em seguida, passou a contestá-los na forma que segue.

No que tange a preliminar de nulidade apresentada em relação as infrações 01 e 02, disse que devem ser afastadas de plano “por absoluta improcedência”. Disse que o lançamento foi efetuado com a utilização de sistema de auditoria devidamente homologado e supervisionado pela Administração Tributária do Estado da Bahia, que atende a todos os requisitos de validade previstos no artigo 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e, por óbvio, ao disposto no artigo 129 da Lei nº 3.956/1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), uma vez que descreve com precisão a infração e o infrator, determina o fato gerador, o seu aspecto espacial e temporal, define a base de cálculo, a alíquota, comina a penalidade aplicada e determina o montante devido. Com isso, asseverou que o atendimento a todos estes requisitos confere, sim, ao lançamento as condições de liquidez e certeza aptos à sua executabilidade judicial, não havendo obscuridade no lançamento a induzir cerceamento do direito de defesa e amplo contraditório.

Ademais, acrescentou, que não ocorreu qualquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 18 do citado RPAF/BA.

No mérito afiançou que a peça defensiva não colhe melhor sorte, uma vez que não enfrenta

tecnicamente o lançamento, preferindo argumentar sempre no campo das generalidades.

Assim é que, em relação a infração 01, a constatação devidamente quantificada é que o autuado, detentor do benefício fiscal PROBAHIA que lhe confere o direito a um crédito presumido de 81% do valor do ICMS incidente nas saídas, com renúncia de quaisquer outros créditos, conforme RESOLUÇÃO nº 02/2015, promoveu saídas ao abrigo deste incentivo, mas conferiu tratamento fiscal incompatível e incoerente para devoluções de algumas destas saídas, tendo sido constatado que foi creditado o valor integral do ICMS destacado nas operações de devoluções de venda, sendo que, pela particularidade do incentivo fiscal concedido, tal crédito não pode ultrapassar 19% do ICMS destacado na operação de devolução, pela mesma razão que o débito registrado na operação de saída não ultrapassou a 19% do imposto destacado, uma vez apropriado o crédito presumido de 81%, conforme a resolução em epígrafe.

Disse que o demonstrativo Anexo I discrimina todas as NF-es nesta condição e determina com precisão o valor indevidamente creditado nestas operações de devolução, em absoluta simetria com o incentivo fiscal de que o estabelecimento autuado é titular, enquanto que o tratamento fiscal dado a tais operações pelo autuado implicou em vantagem fiscal indevida, desvirtuando a lógica desta renúncia fiscal suportada pelo Estado da Bahia.

No que tange a infração 02, disse que outra sorte não lhe cabe, já que foi apurado que o autuado promoveu operações de saídas de produtos tributados ao abrigo de DIFERIMENTO cujo ato concessivo ao estabelecimento destinatário estava na condição de INAPTO na data da ocorrência do fato gerador. Desta forma considerou que sem a validade formal da habilitação de diferimento tais operações são tributadas normalmente, enquanto que os fatos geradores elencados no demonstrativo Anexo II ocorreram a partir de 12/08/2019 e a habilitação ao diferimento do destinatário está na condição de INAPTA deste 22/05/2019, conforme se observa no extrato fl. 18.

Destacou que se pode constatar pela análise do demonstrativo Anexo II que foi concedido na tributação de ofício o crédito presumido de que o autuado é detentor, apenas não se reconheceu a legitimidade do diferimento nestas operações pela inabilitação do destinatário ao instituto na data de ocorrência do fato gerador.

Concluiu pugnando pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Das três imputações consignadas no Auto de Infração houve, por parte do autuado, o reconhecimento da infração três, cuja penalidade aplicada no valor de R\$ 112,50 foi reconhecida pelo autuado, a qual, portanto, fica mantida.

No entanto, as infrações 01 e 02, onde se exige, respectivamente, utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de operações de devoluções de mercadorias em desacordo com o previsto pelo programa PROBAHIA no montante de R\$ 49.355,76, e saídas de mercadorias tributáveis ao abrigo de diferimento para destinatários que se encontram na condição de inaptos para obterem esse tipo de benefício fiscal, totalizando a quantia de R\$ 76.374,54.

Em preliminar o autuado arguiu a nulidade de ambas as infrações em virtude de erros de capituloção legal e falta de coerência com os fatos descritos, implicando em cerceamento ao seu direito de defesa.

Da análise levada a efeito nas peças constitutivas dos presentes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos.

Isto porque, em ambas as infrações se encontram devidamente consignados e identificados o infrator, dia, hora e local da autuação, a descrição pormenorizada dos fatos considerados como infringidos e as respectivas datas de ocorrência, a indicação dos dispositivos legais tidos como infringidos, assinatura do autuante e intimação do prazo para pagamento ou apresentação de

defesa no prazo indicado, atendendo, assim, ao estabelecido pelo art. 39 do RPAF/BA, art. 129, § 1º do COTEB e ao art. 142 do CTN, condição esta que possibilitou ao autuado a presença de elementos que possibilitaram o pleno exercício da ampla defesa, que afinal, ocorreu.

Ademais, as peças constitutivas dos autos, especificamente os demonstrativos elaborados pelo autuante e as descrições pormenorizadas dos fatos apurados deixam evidente o enquadramento legal, não vislumbrando quaisquer das ocorrências elencadas pelo art. 18 do RAPF/BA para efeito da pretendida nulidade do Auto de Infração, que aqui ficam rejeitadas.

Isto posto, adentro a análise do mérito da autuação.

Assim é que, no que toca à infração 01, onde se aponta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no montante de R\$ 49.355,76, a rigor, o autuado não apresentou qualquer argumento de mérito nesse sentido, limitando-se a citar que o autuante deixou de informar as notas fiscais que geraram a autuação, o que não procede, na medida em que o demonstrativo Anexo I, fls. 09 e 10, indica, de forma analítica e compreensível, todos os elementos motivadores da autuação.

O fato concreto é que o autuado, na condição de detentor do benefício fiscal PROBAHIA que lhe confere o direito a um crédito presumido de 81% do valor do ICMS incidente nas operações de saídas, renuncia a utilização de quaisquer outros créditos, conforme RESOLUÇÃO nº 02/2015.

Neste caso, o autuado promoveu saídas ao abrigo deste incentivo fiscal, porém conferiu tratamento fiscal incompatível para as operações de devoluções indicadas no Anexo I, ao se creditar do valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais relacionadas as operações de devoluções de venda, sendo que, pela particularidade do incentivo fiscal concedido, tal crédito não pode ultrapassar 19% do ICMS destacado na operação de devolução, pela mesma razão que o débito registrado na operação de saída não ultrapassou a 19% do imposto destacado, uma vez apropriado o crédito presumido de 81%, conforme a resolução em epígrafe.

Nestas circunstâncias fica evidente que o procedimento adotado pelo autuado não atendeu ao estabelecido pelo referido benefício fiscal, resultando em evidente utilização de crédito fiscal em valor superior ao permitido.

Infração 01 subsistente no valor de R\$ 49.355,76.

Situação diferente vislumbra em relação a infração 02, no valor de R\$ 76.374,54, decorrente de operações de vendas efetuadas ao abrigo do diferimento cujo destinatário, segundo o autuante, se encontrava na situação de inapto para se beneficiar deste tipo de operação.

Apesar do extrato intitulado “Histórico de Habilitação de Diferimento” apensado à fl. 18 pelo autuante, indicar que desde 22/05/2019 o destinatário das mercadorias, a empresa SUBLIME DOUT TEXTIL LTDA., se encontrava inapta para operar ao amparo do diferimento, o que levou o autuante a proceder a autuação, não se pode perder de vista que este contribuinte de acordo com as Resoluções nº 002/2015 e 73/2020, fls. 99 a 102, se encontrava habilitado pelo PROBAHIA aos benefícios do “Crédito Presumido e do Diferimento do ICMS”, em pleno vigor à época da ocorrência dos fatos geradores consignados pela autuação.

Portanto se trata de uma situação que não pode ser desconsiderada, visto que, o destinatário da mercadoria se encontrava habilitado a operar nas condições consideradas pelo autuado, mediante as resoluções citadas, emitidas pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, e seu não atendimento, significa, na prática, um cancelamento indevido do benefício fiscal por parte da SEFAZ, o que não é possível, no presente caso.

Isto posto, considero correto o procedimento do autuado em relação a infração 02, razão pela qual a julgo insubstancial.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, sendo as infrações 01 e 03 procedentes, nos valores respectivos de R\$ 49.355,76 e R\$ 112,50 e a infração 02 improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0002/23-2, lavrado contra **SUDOESTE TÊXTIL DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 49.355,76**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, inciso “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 112,50** prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR