

A. I. N° - 300449.0029/23-9
AUTUADO - HIDROPLASTIK COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT SUL / INFAS COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/12/2024

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0221-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I da Lei 7014/96. Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/12/2023, exige crédito tributário no valor de R\$ 180.915,18, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 001.002.005 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março, junho a outubro e dezembro de 2021.

O autuado impugna o lançamento fls. 12/14. Informa a tempestividade de sua defesa e diz que vem, com base no artigo 169, inciso I, letra “b” do Decreto n° 7.629/99, apresentar suas razões de Impugnação, a seguir, para melhor fim de direito e de Justiça. Repete a infração que lhe foi imputada e o respectivo enquadramento fiscal.

Afirma que o fiscal alega uso indevido do crédito de ICMS por substituição ou antecipação tributária, entretanto utilizou os benefícios de crédito fiscal, conforme determina a legislação de ICMS da Bahia. Quando o contribuinte é sujeito passivo por substituição tributária, a legislação permite que se utilize tanto do crédito de ICMS, quanto do imposto retido no documento fiscal, desde que informado em seu estoque que a mercadoria é Substituição Tributária. Esta informação pode ser observada no art. 291 do RICMS 13780/2012, que transcreve.

Conforme exposto, entende não ser devida a infração por utilização indevida de crédito de ICMS, por conta de o contribuinte atender os requisitos que determina a legislação para a utilização deste crédito, conforme tela de consulta da SEFAZ, onde confirma que o contribuinte está credenciado para antecipação tributária. Sendo assim, fica claro que a suposta infração não é devida.

Isto posto, a Autuada requer que analisadas e apreciadas e decididas uma a uma das questões, dentro do princípio do contraditório e que o fiscal reconheça os equívocos do lançamento efetuado, julgando totalmente improcedente o auto de infração por ser de inteira justiça, requerendo seu arquivamento.

O Autuante presta informação fiscal fls. 29/30. Explica que vem prestar a Informação Fiscal, nos seguintes termos.

Afirma que a legislação prevê a utilização do crédito fiscal em relação ao imposto normal e ao da substituição tributária, quando o adquirente é industrial da mesma mercadoria, conforme o art. 291 do RICMS, obrigando-o a efetuar nova tributação relativa ao imposto normal e à substituição tributária nas suas efetivas operações destinadas a comercialização.

Esclarece que a autuada não exerce atividade industrial, muito menos, com os produtos objetos do creditamento, como se verifica abaixo:

Atividade Econômica Principal	
Código	Descrição
4744099	Comércio varejista de materiais de construção em geral
Cnaes Secundárias	
Código	Descrição
4313400	Obras de terraplenagem
4399104	Serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte ...
4613300	Representantes comerciais e agentes do comércio de madeira, material de const...
4673700	Comércio atacadista de material elétrico
4679604	Comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados ...
4679699	Comércio atacadista de materiais de construção em geral
4741500	Comércio varejista de tintas e materiais para pintura
4742300	Comércio varejista de material elétrico
4744001	Comércio varejista de ferragens e ferramentas
4744003	Comércio varejista de materiais hidráulicos
4744004	Comércio varejista de cal, areia, pedra britada, tijolos e telhas
7732201	Aluguel de máquinas e equipamentos para construção sem operador, exceto andaimes

Pede pela procedência do PAF.

Cabe registrar a presença do patrono da autuada, Dr. Murilo Benevides Gonzaga – OAB/BA – 41.954, que acompanhou a sessão de julgamento.

VOTO

Preliminarmente, embora não se tenha arguido questões prejudiciais à validade do lançamento, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. Consta do processo o Termo de Início com ciência via DT-e fls. 05/06. O demonstrativo se encontra as fls. 07/08 com entrega ao autuado via DT-e fls.08/10. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18, RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o Autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março, junho a outubro e dezembro de 2021.

Em sua defesa, o Autuado arguiu a improcedência do Auto de Infração, sob a alegação de que a legislação permite que se utilize tanto do crédito de ICMS, quanto do imposto retido no documento fiscal, desde que informado em seu estoque que a mercadoria é Substituição Tributária. Cita o art. 291 do RICMS 13780/2012.

Sobre a matéria, assim estabelece o dispositivo citado pela defendantem, *in verbis*:

Art. 291. Na hipótese de o sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da

operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.

Da análise do dispositivo retomencionado, observa-se que o defendant se equivocou, visto que o tratamento ali dispensado se refere a empresas cujos estoques estavam exclusivamente sob regime de substituição tributária e mudam para o regime normal, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme.

Neste cenário, o Autuado deveria carrear aos autos, a comprovação de que se enquadraria nos termos do dispositivo supracitado. Caberia ao Autuado trazer a luz deste processo elementos comprobatórios de sua assertiva, a exemplo de registros de sua contabilidade.

Observo que as operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sobre as quais o contribuinte está autorizado a utilizar o crédito fiscais, dentre outras, estão elencadas nas hipóteses dos incisos do § 1º do art. 292, que para maior clareza reproduzo, *in verbis*:

Art. 292. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).

§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do defendant ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item "008 - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS:

I - mercadorias destinadas a outro estabelecimento para emprego como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem na industrialização de produtos tributados, bem como para aplicação ou emprego na viabilização ou desempenho da atividade comercial, da extração, da geração ou da prestação, sendo estas tributadas;

II - mercadorias destinadas a estabelecimento de produtor rural ou extrator inscrito no CAD-ICMS na condição normal, para utilização como insumo;

III - mercadorias destinadas a fornecedores de refeições, restaurantes, cantinas, bares, hotéis, motéis, pousadas e similares, para emprego no preparo de refeições ou de produtos alimentícios sujeitos a tributação;

IV - mercadorias destinadas a supermercados, para emprego no preparo ou confecção de produtos sujeitos à tributação;

V - combustíveis, lubrificantes e outras mercadorias destinadas a empresas de transporte, para emprego em prestações de serviços tributadas pelo ICMS, observada a ressalva constante no inciso III do caput do art. 270;

VI - mercadorias ou serviços adquiridos por contribuinte para o ativo imobilizado.

§ 2º Não sendo o documento fiscal emitido na forma do § 1º deste artigo poderá o destinatário utilizar o crédito, nas aquisições efetuadas neste Estado, adotando os seguintes procedimentos:

I - emitir nota fiscal para este fim, tendo como natureza da operação "Recuperação de crédito";

II - indicar ou relacionar na nota fiscal de que cuida o inciso I deste parágrafo o documento ou documentos de aquisição, e calcular sobre o valor total o crédito a ser utilizado, pela alíquota vigente para as operações internas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior ao preço de mercado das mercadorias.

§ 3º Poderão ser utilizados como crédito fiscal, pelo destinatário, tanto o imposto da operação normal destacado no documento como o imposto pago por antecipação, sempre que o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sido feita a cobrança antecipada do imposto.

Art. 293. Na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a nota fiscal, emitida para esse fim, especificar as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento.

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos, verifico que o deficiente não trouxe a luz deste processo a prova necessária e suficiente que demonstre seu enquadramento em qualquer das hipóteses previstas na legislação que lhe autorize a utilização dos créditos fiscais que foram corretamente glosados pela fiscalização.

Vejamos o que estabelece o art. 9º da Lei 7014/96:

Art. 9º - Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Analizando os elementos que emergem do processo, acolho as conclusões do Autuante, considerando que estão em conformidade com a lei e o regulamento do ICMS. Assim, declaro integralmente procedente a infração, considerando que teve por base os livros e documentos do Autuado que não trouxe a luz deste processo elementos comprobatórios, com o condão de elidir ou modificar a infração lançada, irregularidade apurada em ação fiscal.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300449.0029/23-9, lavrado contra **HIDROPLASTIK COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 180.915,18**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso VII, alínea “a” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR