

**PROCESSO** - A. I. Nº 269352.0035/13-4  
**RECORRENTE** - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0033-05/14  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 13/08/2015

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0177-11/15

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** OPERAÇÕES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Crédito fiscal utilizado referente a operações de retorno de material de condicionamentos. Operações tributadas indevidamente dos retornos dos mesmos materiais. Exigência da glosa do crédito indevida. Inexistência de descumprimento de obrigação principal. Conversão da exigência do imposto em multa. Procedência parcial da imputação. Modificada a Decisão. **b)** MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL SEM AMPARO DA LEI COMPLEMENTAR 24/75. Observância do Decreto Estadual nº 14.213/12. Demonstrada a exigência do benefício fiscal sem o amparo Constitucional. Infração mantida. Rejeitado o pedido para a realização de perícia e de diligência. Rejeitada a arguição de nulidade da Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2013, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$5.079.434,45, acrescido da multa de 60%, em razão de quatro irregularidades, sendo as imputações 02 e 04 o alvo da impugnação originária e do apelo recursal:

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Consta que se trata de crédito indevido de materiais de acondicionamento, notadamente PALETES, CAIXAS PLASTICAS de produtos Hortifruti-granjeiros, BIN PLASTICOS E CAMISÃO TERMICO, que, em suas remessas e retornos, são produtos isentos conforme art. 19 do RICMS/BA/97. ICMS no valor histórico de R\$3.357.868,80.

INFRAÇÃO 4 – O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a entradas interestaduais de mercadorias contempladas com o benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Período de dezembro/2012 a março/2013. ICMS no valor histórico R\$1.224.971,11.

O Fisco acostou documentos às fls. 06 a 80.

O autuado impugnou as imputações 2 e 4 do lançamento de ofício às 82 a 115 dos autos. Acostou documentos às fls. 116 a 184.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 190 a 200, contestando as alegações impugnatórias e mantendo a autuação.

Às fls. 206 a 209, o impugnante ingressa com petição apresentando “Termo de Confissão de Dívida”, com cópias dos respectivos DAEs explicitando, neste Termo, que “*O CONTRIBUINTE compromete-se, outrossim, a pagar os créditos tributários mencionados na cláusula segunda,*

*com os benefícios previstos na lei. O valor recolhido na forma da cláusula segunda se refere exclusivamente a diferença entre o débito e o crédito fiscal referente à infração 2, conforme acordado com a SEFAZ/BA e PGE (paletes)."*

O sujeito passivo traz aos autos, às fls. 219 a 221, aditivo à sua defesa onde repisa a violação ao princípio de não cumulatividade, na medida em que efetua as saídas tributadas, compensando os créditos utilizados nas entradas, bem como anexa decisões desse CONSEF, Acórdão nº 3ª CJF 0065-13-12 e da 1ª JJF Acórdão 0273-01/13, que foram julgados improcedentes quanto aos créditos indevidamente utilizados, relativos a mercadorias isentas, tendo em vista a comprovação das saídas tributadas. Anexa documentos às fls. 222 a 241.

O julgamento de Primeira Instância, não unânime em relação à imputação 2, manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão JJF nº 0033-05/14, às fls. 243 a 261. Em seu voto, acerca das imputações alvo de insurgência assim se expressam o Relator e o Autor do Voto Divergente:

#### VOTO

*O presente lançamento de ofício versa sobre 04 infrações à legislação tributária do ICMS, já devidamente relatadas.*

*Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.*

*Verifico, quanto à infração 4, ratificando a informação fiscal, que as notas fiscais eletrônicas utilizadas para o cálculo da infração, a escrituração fiscal digital onde se observa o creditamento indevido do ICMS, o demonstrativo com a relação dessas notas fiscais, com os respectivos Estados de origem e os percentuais permitidos para cada mercadoria, ou seja, a infração ente em consonância com o Decreto nº 14.213/2012 e todas as provas materiais que demonstram a infração foram trazidas aos autos.*

*Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.*

*Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, "a" e "b", do RPAF/99.*

*Cabe destacar quanto ao pedido de diligência e perícia, que o nosso ordenamento jurídico elegeu como pilar o princípio do livre convencimento do julgador, cabendo a este o exame da necessidade da produção de prova técnica, prova do juízo, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.*

*Nesse sentido o STJ confirmou recentemente (Resp. 865.803) que o sistema brasileiro de avaliação das provas pelo julgador é o do livre convencimento.*

*(...)*

*Por sua vez, quanto à infração 2, que é fruto da representação realizada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF Nº 0287-05/11, a defesa reconhece que os bens não são comercializados, mas auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas e, por conseguinte, apresentam movimentações físicas de entrada e saída do estabelecimento do autuado.*

*Logo, não existe dúvida em relação à destinação dos bens objeto da presente lide, que no caso é a destinação ao acondicionamento, não existindo comercialização, por parte do contribuinte autuado.*

*O sujeito passivo reconhece que se creditou de ICMS nas operações de retornos das PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS de produtos hortifrutigranjeiros, BIN PLÁSTICO e CAMISÃO TÉRMICO bens que auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas.*

*O Regulamento do ICMS na SUBSEÇÃO VI, trata da Isenção das Remessas de Vasilhames, Recipientes e Embalagens, in verbis:*

#### SUBSEÇÃO VI

*Da Isenção das Remessas de Vasilhames, Recipientes e Embalagens*

*Art. 19. São isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamento ou embalagem:*

*Assim, verifico que as operações de remessas e os retornos de materiais de acionamento ou embalagem são amparadas pela isenção do ICMS, não gerando crédito do imposto.*

*O sujeito passivo, uma vez que a mercadoria está amparada por isenção, não poderia ter se creditado do imposto, conforme o próprio sujeito passivo afirma ter se creditado.*

*Diferente do alegado pelo autuado, não há violação do princípio da não-cumulatividade, bem como a Constituição Federal veda a utilização de créditos fiscais cujas operações anteriores foram ocorram com isenção, conforme segue art. 155, §2º, incisos I e II da Carta Constitucional:*

*Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

...

*§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*

*II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:*

*a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*

*b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;*

*Em relação às saídas que alegas tributadas, do mesmo produto, necessário será demonstração em outro processo, pois não cabe a compensação com os valores exigidos no presente lançamento, tendo em vista a inexistência de autorização legal para tanto, bem como a previsão para o ressarcimento consta do RPAF.*

*No tocante a arguição defensiva de que deveria a fiscalização refazer o “conta corrente fiscal do ICMS”, compete as mesmas considerações realizada no voto constante ACÓRDÃO JJP Nº 0247-02/12:*

*...cabe ressaltar que o contribuinte teve a oportunidade de sanar a irregularidade apurada, sem a aplicação da multa, ao tomar conhecimento do resultado do julgamento anterior até o início da nova ação fiscal, decorrente da representação consignada do Acórdão JJP Nº 0287-05/11, 5ª Junta de Julgamento Fiscal, inclusive refazendo sua conta corrente fiscal, entretanto, o sujeito passivo não tomou nenhuma providência visando regularizar as operações objeto da presente lide. Vale destacar que a representação consignada no julgamento anterior, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante do Acórdão JJP Nº 0287-05/11, não fez referência ao conta corrente fiscal do contribuinte, nele consta, de forma expressa, a representação “para a apuração e exigência do imposto eventualmente devido, por creditamente indevido”, conforme abaixo transcrito:*

**VOTO**

...

*Nesse particular, deveria ser exigida infração pela utilização indevida do crédito pela entrada de bens com isenção de ICMS, quando escriturados com o respectivo crédito, cuja utilização esteja vedada (art. 97, I, “a”, RICMS BA), o que desde logo represento à autoridade fiscal de competência para a apuração e exigência do imposto eventualmente devido, por creditamente indevido. O contribuinte, por sua vez, pleitearia a restituição dos valores pagos a maior ou o seu lançamento como crédito extemporâneo, caso cabível.*

*Portanto, não resta dúvida de que o autuante atendeu ao determinado no Acórdão JJP Nº 0287-05/11, não podendo ser acolhido o argumento defensivo em relação ao “conta corrente fiscal”, nessa fase processual.*

*Quanto ao aditivo trazido aos autos pelo autuado, repisa a violação ao princípio de não cumulatividade, na medida em que efetua as saídas tributadas, compensando os créditos utilizados nas entradas.*

*O sujeito passivo traz decisões desse CONSEF, Acórdão nos 3ª CJF 0065-13-12 e da 1ª JJP Acórdão 0273-01/13, que foram julgados improcedentes quanto aos créditos indevidamente utilizados.*

*A Decisão, acima alinhada da CJF, se refere a mercadorias que comprovadamente saíram tributadas, bem como ocorreram devoluções. No presente caso, nosso entendimento é de que o imposto só não é devido, cabendo a aplicação apenas da multa fixa, se os créditos indevidos utilizados não resultam na omissão de pagamento do imposto no período de apuração, o que o autuado não demonstrou, cabendo a aplicação do art. 142 do RPAF/BA, “Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”.*

*Além do mais, essa Decisão da 3ª CJF apontada pelo autuado, antecede a Decisão, mais recente, também, da mesma 3ª CJF, quanto ao mesmo contribuinte a mesma mercadoria e a mesma infração na qual foi confirmada a procedência da mesma exigência tributária:*

“PROCESSO - A. I. N.º 269352.0025/12-0  
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0247-02/12  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 04.07.2013  
ACÓRDÃO CJF Nº 0242-13/13

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES ISENTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que se trata de operações de retorno de bens para acondicionamento ou embalagem, cuja operação é isenta do ICMS, sendo vedada a utilização de crédito fiscal. Razões recursais insuficientes para elidir a infração. Não acolhida a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Rejeitada a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.”

Quanto à Decisão de Primeira Instância, indicada pelo autuado, se amparou exclusivamente na Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, também por ele apresentada, que passou recentemente a ter diferente entendimento, conforme Acórdão CJF 0242-13/13, acima apontado, bem como carece de julgamento em segunda instância.

O ônus de provar pertence a quem tem interesse na afirmação do fato. O fisco, no presente caso, demonstrou que os créditos utilizados são indevidos originários de produtos isentos, fato que o autuado não nega, cabendo, por conseguinte, ao sujeito passivo o ônus de provar a existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Estado de exigir o tributo, ou seja, de demonstrar, segundo sua arguições, que a utilização dos créditos fiscais não resultou em omissão de pagamento do imposto no período apurado.

Diante do exposto, considero devidamente caracterizada a infração 2.

Quanto à quarta infração impugnada, contempla a exigência tributária relativa à utilização indevida de créditos fiscais concernente às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Realmente, conforme alinha o autuante, os créditos indevidos são resultantes do disposto na CF, em seu art. 155, XII, “g” e os artigos 1º e 8º da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, que dispõem sobre a obrigatoriedade da celebração de Convênio para a concessão de benefício ou incentivo fiscal do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias.

O Decreto estadual nº 14.213 de 22 de novembro de 2012, por sua vez, dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos seguintes termos:

“**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.

**Art. 2º** Tratando-se de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, o contribuinte deverá registrar, na coluna “Crédito do Imposto” do livro Registro de Entradas, a parcela do crédito do ICMS relativa ao imposto efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

**Parágrafo único.** Em substituição ao procedimento previsto no caput deste artigo, o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal e proceder ao estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

**Art. 3º** Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 01 de dezembro de 2012.”

Consta do Anexo Único do referido Decreto as mercadorias, por Estado de origem, com os respectivos percentuais de crédito admitido pelo Estado da Bahia.

O autuado, conforme afirma o autuante, não trouxe aos autos qualquer contestação que desconstituíse os valores constantes dos demonstrativos e documentos apresentados pela fiscalização e acostados aos autos através do Anexo IV, bem como a entrega ao sujeito passivo de DVD-R de fl.77, que fundamentam a infração ora exigida.

A aplicação do Artigo 112 do CTN, não cabe no presente caso, pois os fatos se subsumem claramente ao

*previsto nas normas alinhadas pelo autuante que caracterizam a infração imputada.*

*A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.*

*Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RFAF/BA.*

*É importante registrar, ainda, quanto à arguições trazidas, tanto para a infração 2 como para a 4, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de Decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos "erga omnes", a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA, especialmente no que se refere as arguições de violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, que estão todas no campo da inconstitucionalidade.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

#### **VOTO DIVERGENTE (Infração 2)**

*Peço vênia para divergir do ilustre relator quanto à infração nº 2. O contribuinte, na peça defensiva, apresentou cópias de DANFE's - notas fiscais eletrônicas, por amostragem, juntado às fls. 141 a 178, revelando que nas saídas de "pallets", "caixas plásticas", "bin plástico" e "camisão térmico", efetuou o lançamento a débito das operações com esses itens. Nessa situação fica evidenciado que os créditos fiscais indevidamente apropriados foram possivelmente compensados com os débitos nas saídas dos citados itens. Somente uma auditoria da conta corrente fiscal poderia evidenciar se houve efetivamente apropriação indevida de algum crédito fiscal.*

*É assente neste CONSEF que o simples lançamento escritural do crédito não é motivo, por si só, para a exigência de obrigação tributária principal, especialmente no caso em exame, visto que o estabelecimento da empresa autuada se creditou e se debitou nas operações de entradas e saídas dos bens objeto da exigência fiscal nas remessas por transferência. Esta circunstância ficou evidenciada nas notas fiscais de saídas de transferência juntadas à peça de defesa.*

*Ademais, e isso é de suma importância, a Lei nº 7.014/96, que rege o ICMS no Estado da Bahia, no art. 42, inc. VII, prescreve tão somente a aplicação de multa 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, quando da utilização indevida de crédito fiscal.*

*Cabe observar que o estabelecimento autuado é a Central de Distribuição da Rede Bompreço na Bahia, através do qual transitam a maior parte das mercadorias e bens destinados à atividade comercial da empresa, em remessas por transferências. Os bens objeto da autuação são utilizados no acondicionamento e transporte de mercadorias nas operações de remessa e retorno em transferências de produtos para as filias da rede de supermercados. Isso é indiscutível nos presentes autos.*

*Não vislumbro, inclusive, no caso em exame, o dolo ou a intenção de fraudar por parte do contribuinte, ao apropriar os créditos fiscais glosados, por ocasião do retorno em transferência dos itens autuados, considerando, em especial, que as operações de saídas dos mesmos bens para as filias foram objeto de lançamento a débito nas notas fiscais. Apesar da intenção não ser relevante para a definição do fato gerador do tributo, é mais um aspecto a ser considerado.*

*Também discordo da argumentação do Sr. Relator, que ao rebater os argumentos defensivos em relação às alegadas saídas tributadas dos mesmos produtos, isentos por determinação legal, sustentou a necessidade de demonstração pelo contribuinte em outro processo para fins compensação dos valores exigidos no presente lançamento, entendendo que neste caso haveria um impedimento normativo para a compensação de valores por previsão expressa do RPAF.*

*Preliminarmente, cabe consignar que o caso em exame não envolve compensação tributária, visto que este instituto se refere ao encontro de valores entre o erário e o contribuinte, quando os mesmos são, ao mesmo*

*tempo, credores e devedores de dívidas líquidas e certas. A compensação é meio de extinção obrigação tributária, nos termos do art. 156, inc. II, do Código Tributário Nacional - CTN.*

*O caso em discussão envolve tão somente avaliação da corrente fiscal do contribuinte para verificar se o procedimento de apropriação do crédito fiscal do imposto na escrita e os correspondentes lançamentos a débito, repercutiram no ICMS mensal devido. A questão se encontra, portanto, no âmbito do procedimento do lançamento por homologação, que cabe ao fisco revisar, a fim de certificar se o contribuinte efetuou corretamente o cumprimento da obrigação tributária principal. Por medida de economia processual essa verificação teria que ser feita na própria auditoria ou em procedimento de revisão do lançamento de ofício.*

*Considerando o acima exposto entendo mais consentâneo com os fatos apresentados nos autos e com as normas vigentes no ordenamento tributário, a fundamentação tracejada nas decisões exaradas nos Acórdãos nos 0065-13/12 e 0273-01/13, anexadas pela defesa e que envolveram discussão idêntica, entre o fisco e o contribuinte Bompreço Bahia Supermercados Ltda. Naquelas Decisões paradigmas ficou provado que os créditos glosados pelas entradas de mercadorias beneficiadas com isenção foram deduzidos pelo contribuinte com débitos nas saídas das mesmas mercadorias.*

*No caso presente, considerando que a auditoria fiscal não fez verificação da conta corrente do ICMS do estabelecimento e o contribuintes trouxe elementos de prova reveladores de que tributou as saídas das mercadorias e bens isentos, meu voto é pela nulidade do item 2 do Auto de Infração. Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas.*

*Quanto aos demais infrações acompanho o voto do Sr. Relator. Concluo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão, por nulidade, da infração nº 2.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 271 a 304, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Preliminarmente o Recorrente afirma que houve pagamento total dos débitos das Infrações 1 e 3.

Em seguida volta a insurgir-se contra as imputações 2 e 4 do Auto de Infração.

Em relação à imputação 2, expõe que comercializa com centenas de produtos e que com isso, às vezes, incidem dúvidas sobre o regime tributário que deve ser fixado para determinado produtos, em especial quando se trata de produtos que sofrem frequente movimentação física, a exemplo dos paletes, caixas plásticas, bin plástico e camisa térmico, objetos da Autuação.

Que tais bens auxiliam o transporte das mercadorias comercializadas e, por conseguinte, apresentam movimentações físicas de entrada e saída dos estabelecimentos dele, Recorrente, sendo esta a razão pela qual terminou promovendo o lançamento do crédito e do débito fiscal conforme a movimentação física realizada de entrada ou saída. Em consequência, inicialmente pode dar-se o creditamento em face da entrada dos mesmos no estabelecimento autuado. Que, contudo, tal providencia não traz prejuízo financeiro para o Fisco, porquanto o desacerto preliminar resta anulado em razão dos procedimentos efetivados pela empresa recorrente, quando da movimentação de saída, também sendo lançado o respectivo débito do imposto, anulando os efeitos do creditamento questionável.

Junta Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES (doc. 03 da Impugnação), a título de exemplo, referentes ao período autuado e com os produtos expressamente indicados nos autos, comprovando a tributação dos mesmos pelas saídas. Afirma que, assim, a despeito do procedimento realizado, a única conclusão plausível é que inexistente tributo a ser recolhido, na medida em que o crédito fiscal estimado como indevido é erradicado (anulado) pelo lançamento do débito, conquanto tenha expressado conclusão equivocada.

Cita Decisões deste Colegiado neste sentido.

Salienta que os valores encontrados a título de diferença entre o que fora creditado e o que fora debitado já foram por si recolhidos, sendo o respectivo comprovante de pagamento juntado ao presente processo, pelo que se demonstra mais uma vez que não houve prejuízo aos cofres públicos do Estado da Bahia, e a manutenção da exigência fiscal importaria em enriquecimento ilícito do Estado. Cita juristas, dispositivos constitucionais e Decisões da esfera judicial, e discorre a respeito de princípios jurídicos.

Pede a realização de diligência e de perícia para verificar as suas assertivas. Aduz que para que fosse comprovado o uso indevido de crédito fiscal seria necessário refazer a sua escrita fiscal.

Cita o voto divergente da Decisão *a quo*, dispositivo do RPAF/99 e disserta a respeito da busca da verdade material. Apresenta quesitos para a realização de perícia e pede a declaração de nulidade da Decisão de base, e alternativamente a realização da diligência, ou perícia, por ele, Recorrente, requerida.

Passa a insurgir-se contra a imputação 4 expondo que haveria preliminar de nulidade do julgamento pela preterição do direito à ampla defesa, por reiterada afronta ao art. 142 do CTN.

Expõe que consoante consta no voto da Decisão combatida, o julgamento realizado pela instância originária negou o pedido esboçado pelo recorrente quanto à alegada afronta ao art. 142 do CTN, por ausência de provas contundentes na acusação fiscal. Alega que os argumentos que amparam a acusação fiscal fundam-se na presunção de aproveitamento de benefício concedido pelo Estado da Paraíba, nos termos do Decreto nº 23.210/02, em razão do qual teria o recorrente retido a menor o valor do ICMS – ST devido ao Estado da Bahia.

Que isto ocorre porque o Decreto baiano nº 14.213/12 limita o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição de mercadorias oriundas do Estado da Paraíba à razão de 3% sobre a base de cálculo, em face do crédito presumido de 9%, concedido pelo Estado da Paraíba à empresa recorrente.

Que, pela origem das mercadorias, o Auditor Fiscal presume que o recolhimento do imposto foi realizado na razão de 3% sobre a base de cálculo, por ser o recorrente beneficiária do incentivo no Estado de origem.

Que, entretanto, o Fisco não se teria desincumbido de demonstrar que o imposto da operação anterior não fora recolhido integralmente, bem como que a parcela do benefício concedido corresponderia exatamente à parcela do crédito fiscal autuado.

Que partindo do pressuposto de que o benefício concedido pelo Estado de origem é usufruído, não em cada operação, mas quando do momento da apuração mensal do imposto a ser recolhido, o mero enquadramento do recorrente no regime de incentivo não implicaria, necessariamente, retenção a menor do imposto devido a título de Substituição, tendo em vista que o crédito presumido pode não ter sido utilizado pelo recorrente quanto às operações objeto de autuação.

Que caberia ao acusador demonstrar o *quantum* efetivamente utilizado a título de incentivo, e não presumir que houvera retenção a menor do imposto pelo simples enquadramento do recorrente nas condições de fruição do incentivo.

Que ao assim agir o Fisco, teria acabado por induzir uma realidade não conformada com a situação fática enfrentada por ele, Recorrente, constituindo crédito tributário por presunção, burlando até a mesmo a própria previsão normativa estadual, que impõe a distinção pela fiscalização dos dados indispensáveis à constituição do montante do crédito tributário, apurado com liquidez e certeza, conforme art. 28, § 4º, II, do RPAF/BA.

Que corroborando o entendimento esposado na acusação fiscal, julgando pela sua total procedência, a 5ª Junta Julgadora teria afrontado os termos do art. 142, validando acusação fiscal não suportada em provas.

Cita o art. 333, I, do CPC, o artigo 142 do CTN, Decisão da esfera judicial em outra lide, e texto de jurista, e afirma que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Diz que se ele, Recorrente, houvesse utilizado o incentivo fiscal, como acusa o Fiscal, e recolhido o imposto a menor que o devido em favor dessa Unidade Federada, tal fato deveria ser comprovado mediante provas cabais e contundentes a esse respeito, sobretudo tendo em vista que o imposto foi destacado nas notas fiscais na alíquota correta.

Que o Fiscal anexa aos autos uma mera planilha pautada na presunção de utilização dos 9% do incentivo, que não traria sequer dados numéricos que pudessem ser confrontados, pois não demonstrariam, mês a mês, qual seria o real aproveitamento do crédito presumido tido por utilizado.

Em seguida, o contribuinte aduz que ainda em relação à Infração 4 estaria ocorrendo ilegalidade da restrição ao crédito imposta pelo Decreto Estadual nº 14.213/12, o que afirma que poderia ser reconhecido por este CONSEF.

Discorre acerca do princípio da não-cumulatividade citando o art. 155, II, § 2º, I, da Constituição da República; art. 20 da LC 87/96, e artigos 28 e 29 da Lei Estadual nº 7014/96,

Afirma inexistir dúvidas quanto a que, na qualidade de contribuinte-substituto na sistemática da ST, ele, Recorrente, suporta todo o custo da oneração tributária, sendo cobrado o montante integral do ICMS (normal e ST) destacado na Nota Fiscal. Que se o Estado de origem concedeu benefício fiscal não recepcionado pelo Estado de destino, seria questão a ser tratada diretamente entre os mesmos, jamais com o recorrente, ou adquirente das mercadorias, penalizando-as contrariamente à legislação.

Cita texto de jurista. Afirma que não caberia a ele, Recorrente, como remetente das mercadorias, ser cobrado de imposto que não foi recolhido para o Estado da Bahia, mas sim para o Estado da Paraíba, e utilizado o respectivo crédito fiscal.

Que isto ocorreria porque muito embora o estabelecimento remetente possa eventualmente usufruir de benefício concedido pelo Estado de origem, a mercadoria sujeitou-se à incidência da alíquota cheia do imposto no percentual de 12%, restando integralmente cobrado o ICMS relativo às operações. Que se o Estado da Paraíba não cobrou a parcela do ICMS normal (12%) que lhe é devida, ou mesmo não repassou a parcela dispensada para o Fisco baiano, é problema a ser resolvido entre as duas Unidades Federativas, e não com ele, Recorrente, que já se desincumbiu do ônus imputado pela obrigação tributária.

Expõe que a Constituição fixa como requisito para o crédito a cobrança do imposto, e não há dúvidas quanto a que, no caso vertente, o imposto foi efetivamente cobrado e retido em favor dessa Unidade Federativa, pois todos os destaques foram devidamente efetivados nos documentos fiscais objeto da autuação. Que, ademais, conforme consignado na preliminar de nulidade, o fato de o remetente poder ser incentivado no Estado da Paraíba, não induz, por si só, à ausência de cobrança do imposto devido, pois o destaque dos 12% seguiu devidamente individualizado nas notas fiscais. Que não haveria, assim, mais pendências relativas ao crédito fiscal autuado.

Volta a dissertar acerca do princípio da não-cumulatividade citando a Lei 7014/96, a Constituição da República, o artigo 99 do CTN, a Lei Complementar nº 87/96.

Alega que o Decreto nº 14.213/12 vedou categoricamente a utilização parcial desse crédito, em desacordo com o expediente normativo para o qual foi editado.

Tece considerações a respeito das alíquotas estabelecidas pelo Senado Federal e afirma que essas alíquotas cobradas correspondem aos valores dos créditos fiscais que podem ser utilizados do recorrente. Alega que no momento em que o Decreto nº 14.213/2012 limita o crédito fiscal nas operações interestaduais destinadas à Bahia em apenas 3%, isto seria o mesmo que indiretamente impor uma alíquota interestadual de 3%, atropelando a competência do Senado Federal prevista no dispositivo acima transcrito, razão por que deve ser validada a alíquota destacada por ele, Recorrente, nos documentos fiscais.

Cita Decisões do STF acerca de validação do crédito compensado pelo recorrente: ADIN nº. 3.312-3 impetrada pelo governo do Distrito Federal contra o governo do Estado do Mato Grosso por ter este restringido, por Decreto, a utilização de crédito do ICMS por aquisição de mercadorias de fornecedores daquela Unidade da Federação, dentre outras.

Afirma que a motivação da restrição era a concessão de incentivo fiscal, sem previsão em Convênio, pelo Estado remetente. Que o Decreto do Mato Grosso estabelecia que não seria considerado o crédito do ICMS destacado em nota fiscal que acobertasse a operação de aquisição fora do Estado, e que o contribuinte mato-grossense somente poderia creditar-se de valor correspondente à alíquota de 7% do imposto incidente na operação, ao invés da alíquota de 12%,



se a mercadoria viesse do Distrito Federal.

Que esta seria a mesma situação vislumbrada no Decreto nº 14.213/12 para as mercadorias vindas de Goiás, Mato Grosso, Paraíba e Espírito Santo.

Cita que o entendimento da Suprema Corte, além de garantir a não-cumulatividade do ICMS, adentra noutro argumento não menos importante, que é a tentativa do Executivo mato-grossense no sentido de fixar as alíquotas em operações interestaduais diferentes das efetivamente praticadas, usurpando a competência do Senado Federal prevista no art. 155, incisos IV e V da Constituição Federal de 1988.

Que ficou assentado, de forma taxativa, para o caso concreto discutido nessa ADIN, que a alíquota aplicada pelo contribuinte seria a de 12% e não a de 7%. Que o entendimento não sofreu contestação por Ministro da Suprema Corte, tendo sido unânime a Decisão.

O contribuinte afirma que para o Superior Tribunal de Justiça, também o Estado de destino não pode impedir o contribuinte de creditar-se integralmente do ICMS em razão de o Estado de origem ter criado incentivo sem previsão em convênio, como presume o Fiscal Autuante no presente caso. Que em julgamento de Recurso Especial ocorrido em 18/05/10 (REsp 1125188/MT), a Primeira Turma do Egrégio STJ decidiu que o fato de o Estado de origem conceder crédito presumido do ICMS não obriga o contribuinte do Estado de destino a reduzir o valor do crédito.

Discorre a respeito citando jurista.

Em seguida o contribuinte afirma que haveria a possibilidade do afastamento do Decreto nº 14.213/12, por vedação à limitação de tráfego, porque seria uma barreira alfandegária.

Cita o inciso V do art. 150 da CF/88, doutrina, e disserta sobre o tema.

O recorrente argumenta no sentido de que o entendimento defendido na autuação, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interferiria, de forma desleal, no comércio, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da vedação ao creditamento integral do ICMS cobrado e destacado na Nota Fiscal, em virtude da eventual existência de crédito presumido na saída do Estado fornecedor, o que em seu entender não poderia prosperar.

Passa a insurgir-se contra a multa aplicada dizendo-a desarrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, com caráter confiscatório e arrecadatório, deixando de ser punitivo. Fala acerca de dosimetria da pena, princípio da proporcionalidade, cita Decisões da esfera judicial em lides diversas, cita textos doutrinários.

Em seguida cita o artigo 112 do CTN e discorre a respeito. Afirma que pelo desenvolvimento dos seus argumentos, estaria evidenciada a sua certeza quanto a ver desconstituído o Auto de Infração, em função da insubsistência da cobrança de valores indevidos, porquanto nenhum imposto deixou de ser recolhido, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal, estando o Direito preñado de certeza. Mas se alguma dúvida restasse, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, para julgar improcedente o Auto de Infração em combate.

Conclui requerendo a reforma do Acórdão JJF nº 0033-05/14, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, de modo que, em preliminar, *“seja ANULADA a Decisão recorrida, por preterição do direito de defesa (CF/88, art. 5º, LV), sendo determinada a devolução do feito para a instância julgadora competente, ou de logo convertido o feito em diligência, no sentido de definir o imposto que supostamente deixou de ser recolhido, refazendo a escrita fiscal do recorrente, afastando tanto os créditos fiscais questionados como os débitos decorrentes da saída dos mesmos produtos (PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS, BIN PLÁSTICO e CAMISÃO TÉRMICO, objetos da r. Autuação), contudo observando todos os créditos e débitos restantes, para só após imputar cobrança do valor que deixou de ser recolhido, caso encontrado (Infração 02); além disso, ao julgar pela procedência da autuação fiscal, resultou por convalidar acusação desprovida de provas cabais e contundentes, afrontando o art. 142, do CTN e o direito à ampla defesa (Infração*

04).

*Acaso ultrapassado o pedido anterior, REQUER seja dado provimento ao presente Recurso, seja conferida a total IMPROCEDÊNCIA das alegações fiscais, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que o recorrente encontra-se em perfeita harmonia com a legislação vigente.*

*Sucessivamente, pede, acaso não seja o entendimento, requer seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada, uma vez revelar-se em desalinho com os Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco.*

*Requer, ainda, que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica à Recorrente, tal como preconiza o art. 112 do CTN.”*

Requer e protesta por todos os meios de provas permitidos em Direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção.

Constam, às fls. 307 a 307-E, extratos emitidos pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT/SEFAZ, discriminando pagamento integral dos débitos relativos às infrações 1 e 03 (fls. 307-B, 307-C, 307-D e 307-E, pagamento normal, em espécie), e pagamento parcial do débito relativo às imputações 2 e 4 (fls. 307 e 308, com benefícios da Lei, em espécie).

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, pronunciou-se às fls. 309 e 310 aduzindo que quanto à imputação 2 a autuação baseou-se no artigo 19 do RICMS/BA/97, que trata da isenção do imposto nas remessas e nos retornos de vasilhames, recipientes e embalagens, apurando assim a utilização indevida de crédito fiscal. Que o contribuinte, em razão de dúvida quanto ao tratamento fiscal a ser dispensado a esses bens, tributou as saídas dos mesmos.

A Procuradora ponderou que conquanto reste esclarecido tratar-se do gênero materiais de acondicionamento e embalagens, sem os quais seria impossível o transporte de produtos hortifrutigranjeiros, no que toca ao argumento da ausência de prejuízo ao erário, entende merecer sufrágio a tese de contribuinte, desde que devidamente comprovado que os créditos indevidos utilizados pelo autuado foram, de fato, anulados pelos débitos nas saídas, não restando imposto a cobrar.

Prossegue expondo que neste cenário, diante da alteração feita na legislação baiana, em que se criou penalidades distintas para a utilização de crédito com repercussão econômica e sem repercussão econômica, sedimentando entendimento forjado neste CONSEF, poderá ser aplicável ao caso a penalidade descrita no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/2007.

Concluiu sugerindo a conversão do feito em diligência ao autuante, a fim de confirmar se os créditos indevidos utilizados pelo autuado foram anulados pelos débitos nas saídas, não restando imposto a recolher.

Esta Relatora submeteu o processo a análise em sessão de pauta suplementar nesta 1ª CJF na qual, considerando-se que as alegações do contribuinte acerca de ter tributado todas as saídas dos itens objeto da imputação 2 não são contestadas pelo Fisco, tendo sido tal procedimento - uso indevido de crédito fiscal nas entradas e oferecimento à tributação também indevido nas saídas - o procedimento irregular rotineiro constatado nas diversas operações com as mercadorias objeto das lides acerca da mesma matéria em que figura como sujeito passivo o contribuinte ora autuado, deliberou-se pelo não acolhimento da sugestão da PGE/PROFIS, tendo em vista que os documentos constantes nos autos são suficientes para a apreciação da lide.

À fl. 316, a Coordenação ASTEC/CONSEF encaminhou o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 317 a 319 aduzindo que no que tange à infração 2 a autuação baseou-se no artigo 19 do RICMS/BA/97, que trata da isenção do imposto nas remessas e nos retornos de vasilhames,

recipientes e embalagens, apurando assim a utilização indevida de crédito fiscal. Que o contribuinte, em razão de dúvida quanto ao tratamento a ser dispensado a esses itens tributou as saídas dos mesmos, inexistindo prejuízo ao Estado. Que conquanto trate-se do gênero materiais de acondicionamento e embalagens, sem os quais seria impossível o transporte de produtos hortifrutigranjeiros, ele, Procuradora, entende inexistir prejuízo ao erário, porquanto devidamente comprovado que os créditos indevidos utilizados pelo autuado foram anulados, de fato, pelos débitos nas saídas, inexistindo imposto a cobrar.

Que, neste cenário, diante da alteração feita pelo legislador baiano, em que foram criadas penalidades distintas para a utilização de crédito com repercussão econômica e sem esta repercussão, aplica-se ao caso a penalidade descrita no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, devendo ser assim mantida apenas esta multa.

Em relação ao item 4, expõe que a autuação decorre da constatação de utilização indevida de crédito fiscal referente a entrada interestadual de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio, ou Protocolo, nos termos da LC 24/75.

Que a Infração 4 está devidamente comprovada nos autos, lastrada no artigo 1º e seguintes do Decreto nº 14.213/12, não trazendo, o autuado, mesmo em sede recursal, qualquer documento que conteste os demonstrativos fiscais elaborados.

Que, de igual maneira, não merece prosperar a irrisignação do recorrente quanto às multas aplicadas às infrações, vez que as multas estão adequadas às infrações apuradas no lançamento e encontram-se expressamente consignadas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange a parte da acusação 02 e à totalidade da imputação 04.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas na data da cientificação a lavratura do Auto de Infração e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade do Auto de Infração rejeitada.

No que tange à alegação de nulidade da Decisão objeto do Recurso, constato que na Decisão foram abordadas as razões defensivas trazidas na impugnação, tendo o sido os votos explícitos acerca dos motivos pelos quais não as acatavam, ou, no caso do voto divergente, as acatava em parte. Ademais, a realização de perícia, ou de diligência, depende da necessidade de elementos para a formação do convencimento do Julgador, pelo que a negativa do pedido do contribuinte nesse sentido não implicou cerceamento de direito de defesa. Afastada a alegação de nulidade da Decisão de primeiro grau.

Também preliminarmente, indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos. E igualmente indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade, bem como negar a aplicabilidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Esta vedação implica, portanto, a impossibilidade de análise, por este Contencioso, acerca da alegação recursal no que tange a ilegalidade, e inconstitucionalidade, do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

No mérito, a imputação 2 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção, nos meses de janeiro a abril/2012, sendo glosado crédito no valor de R\$3.367.868,80, acrescido da multa de 60%.

Consta, nos autos, que trata-se de caixas plásticas, bins plásticos, paletes, e demais materiais que o contribuinte utilizou para transporte de suas mercadorias tanto na entrada no estabelecimento autuado, quanto nas saídas respectivas.

O tema foi exaustivamente analisado neste Conselho de Fazenda, em julgamentos de outras lides sobre operações de igual teor, praticadas pela mesma empresa da qual um dos estabelecimentos é o sujeito passivo da autuação ora em lide.

Observa-se que ao longo do processo e ainda antes do julgamento de piso, conforme documentos de fls. 206 a 209 dos autos, o contribuinte recolheu valor referente à diferença entre créditos fiscais e débitos tributários, referentes a esta infração 02.

Pela própria descrição dos itens, e pelo uso que o contribuinte admite que dos mesmos faz, em suas peças de insurgência parcial ao lançamento, resta provado tratar-se de material de embalagem, e o contribuinte não poderia ter adotado o procedimento de utilizar-se do crédito fiscal quando de sua entrada no estabelecimento.

Todavia, o mesmo contribuinte não estava obrigado ao recolhimento de ICMS sobre este material de embalagem, quando de sua saída. Nos autos resta comprovado que o crédito fiscal indevido foi compensado com o débito tributário indevidamente lançado pelo autuado.

Por este motivo, comungo do entendimento esposado pela PGE/Profis, e da Decisão constante do Acórdão CJF nº 0206-11/14, desta Câmara, com lastro no voto do ilustre Conselheiro Relator Eduardo Ramos de Santana, em processo em que também figurou como sujeito passivo estabelecimento da mesma empresa, do qual transcrevo excerto:

*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO CJF Nº 0206-11/14*

*(...)*

*No tocante à infração 1, a empresa foi acusada de utilizar indevidamente créditos fiscais relativos a operações com paletes, caixas plásticas, “bin” plástico e camisa térmico, cujas operações internas são contempladas com isenção (art. 19 do RICMS/97).*

*A empresa alegou na impugnação que tributou as remessas e os retornos desses bens, e que não causou qualquer prejuízo para o Estado, tendo peticionado juntada de demonstrativos com intuito de provar que tributou também as operações de remessas, não resultando em prejuízo ao Erário público. Por sua vez a fiscalização manifestou entendimento de que caberia ao contribuinte requerer restituição dos débitos efetuados indevidamente.*

*(...)*

*Após a análise dos elementos contidos no processo, constato que a empresa:*

- (i) Creditou-se do ICMS destacado nas notas fiscais de retorno de bens destinados ao acondicionamento e não comercializados (PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS, BIN PLÁSTICOS e CAMISÃO TÉRMICO), operação*

*contemplada com isenção do ICMS e não gera crédito (art. 19 do RICMS/97);*

- (ii) Debitou-se nas operações de saídas, relativo às remessas dos mesmos bens, conforme demonstrativo contido no CD à fl. 611. Tomando como exemplo o mês de janeiro/09, para um montante de crédito apropriado relativo àqueles bens de R\$49.715,39, debitou pela saída montante de R\$75.100,17. Já no mês de fevereiro/09, para um montante de crédito de R\$64.105,77 debitou pelas saídas o total de R\$74.536,98.

*Concluo que, com relação às operações de movimentação destes bens, restou comprovado que embora a empresa tenha escriturado indevidamente o ICMS destacado nas operações de retorno que são contempladas com isenção (art. 19 do RICMS/97), não houve repercussão econômica, nem prejuízo à Fazenda Estadual, visto que a empresa se debitou, também, indevidamente das operações de retorno dos mesmos bens, o que neutraliza o crédito fiscal indevido.*

*Pelo exposto, restando comprovado que as operações de remessa de vasilhames foram tributadas, acolho o opinativo da PGE/PROFIS de que descabe a exigência da glosa do crédito fiscal, tendo em vista que não houve descumprimento de obrigação principal em relação às operações com PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS, BIN PLÁSTICOS e CAMISÃO TÉRMICO, mas subsiste a multa de 60% sobre o valor do crédito fiscal que foi escriturado indevidamente, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo, totalizando (...)*

*Dessa forma, tendo em vista que restou caracterizada parcialmente a infração, reformo a Decisão ora recorrida pela Procedência Parcial da infração 1, afastando a exigência do imposto que fica convertido em multa.*

Concordando com este entendimento acerca de que, inobstante o uso indevido de crédito fiscal realizado pelo contribuinte, inexistiu descumprimento de obrigação tributária principal em decorrência da prática irregular, voto no sentido da exclusão do valor do ICMS lançado de ofício, mantendo, contudo, a multa aplicada, no percentual de 60%, com base no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Assim, o valor desta infração é o seguinte:

D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO (MULTA DE 60)
31/01/2012	09/02/2012	1.655.138,30	993.082,98
29/02/2012	09/03/2012	735.125,45	441.075,27
31/03/2012	09/04/2012	853.338,68	512.003,21
30/04/2012	09/05/2012	114.266,37	68.559,82
<b>TOTAL</b>		<b>3.357.868,80</b>	<b>2.014.721,28</b>

Em relação à Infração 4, esta trata de uso indevido de crédito fiscal relativo a operações de entradas interestaduais de mercadorias contempladas com o benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Foi lançado ICMS no valor histórico de R\$1.224.971,11, acrescido da multa de 60%.

No que tange a este item da autuação, a Decisão de base foi unânime quanto à sua procedência.

Irretocável a conclusão a que chegou a JJF, com lastro no didático voto do Relator de primeira instância.

De fato, o Decreto nº 14.213, de 22 de novembro de 2012, dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo. O texto normativo é claro e incisivo. Seu poder para obrigar advém da Lei Complementar nº 24/75, que dita a forma como poderão ser concedidos os benefícios fiscais relativos ao ICMS. Portanto, não se está aqui analisando apenas a obrigatoriedade de obediência a norma infra-legal, e sim a mandamento contido em Lei Complementar à Constituição da República.

Por outro ângulo, ao contrário do quanto dito pelo contribuinte, o Fisco não lastreou a imputação 04 apenas em planilha de dados, e sim lastreou a imputação nos dados das notas fiscais eletrônicas recebidas pelo autuado, que o Fisco corretamente elencou em planilha analítica acostada às fls. 70 a 72 por amostragem, e de forma integral na mídia CD anexada à fl. 76 dos autos, e da qual o contribuinte recebeu cópia também em mídia, conforme seu recibo à fl. 74.

Portanto, se havia, ou se houver, algum dado incorreto nos documentos fiscais do oro recorrente, a este cabe provar o equívoco que, porventura, exista, posto que os documentos fiscais estão, ou deveriam em cumprimento desta obrigação tributária acessória estar, sob sua devida guarda.

Endosso em todos os termos o teor da Decisão de base em relação à procedência da imputação 4.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, provimento este tão somente em relação à acusação 2, excluindo desta Infração o imposto cobrado, assim remanescendo apenas a multa indicada no lançamento de ofício; e mantendo as demais imputações tal como lançadas no Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos e intimado o contribuinte para o recolhimento do débito remanescente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0035/13-4**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.721.565,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$2.014.721,28**, prevista no inciso VII, "a", do mencionado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos, inclusive, com os pagamentos sob gozo de benefício da Lei nº 12.903/13.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS