

PROCESSO - A. I. N° 207140.0034/14-0
RECORENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
RECORRIDOS - OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0104-01/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-11/15

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. AQUISIÇÕES DE VAPOR D'ÁGUA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO DESTINATÁRIO. No caso em questão, diante de uma situação fática específica e minuciosamente comprovada, restou entendido que: i) não há possibilidade de prejuízo ao erário, ii) houve comprovação do pagamento indevido e em tempo por parte do substituído e iii) o prazo de restituição já foi exaurido em parte do período abrangido pela infração. Entende-se que, em nome da justiça fiscal e da vedação do enriquecimento sem causa, deve ser declarada a insubsistência parcial da infração 01 até a data da última ocorrência sobre a qual não há mais o direito de restituição por parte do substituído (até outubro de 2010). Modificada a Decisão recorrida. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO RELATIVO AO IMPOSTO DIFERIDO QUE DEIXOU DE SER PAGO. Fato intimamente relacionado com o do tópico anterior – o crédito glosado correspondente, exatamente, ao valor do imposto diferido. O ICMS é um tributo não cumulativo. O contribuinte, ao se debitar do imposto incidente em suas operações, tem direito ao crédito do tributo incidente nas operações anteriores. No tópico precedente (“a”), está sendo lançado o imposto cujo diferimento se encerrou na entrada da mercadoria no estabelecimento do autuado, e, em consequência desse lançamento, torna-se automaticamente legítimo o crédito do imposto lançado, sendo por conseguinte indevida a glosa do crédito. Mantida a Decisão recorrida quanto à este item. Recurso de Ofício NÃO PROVÍDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra o novo julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/06/2014 em razão de duas irregularidades, das quais são objeto do Recurso Voluntário a imputação 1 e do Recurso de Ofício a Infração 2, a seguir descritas:

“INFRAÇÃO 01: Deixou de proceder o recolhimento de ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido. Total da Infração R\$7.682.338,83, com multa de 60%.”

Constam na descrição da infração 1 as seguintes informações:

"Trata-se de aquisições de vapor d'água cujas saídas do estabelecimento fornecedor estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento, onde a responsabilidade do imposto incidente naquela operações foi transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria quando da operação de entrada, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme art. 343, XIX, do RICMS/97, tendo o contribuinte dado entrada daquela mercadoria em seu estabelecimento sem o pagamento do ICMS diferido, em desacordo com o estabelecido no art. 347, I; do RICMS/97 conforme Anexo I"

INFRAÇÃO 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, Total da Infração: R\$7.682.338,83, com multa de 60%.

Está posto na descrição da infração 2 as correspondentes afirmações:

Trata de aquisições de vapor d'água cujas saídas do estabelecimento fornecedor estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento, onde a responsabilidade pelo imposto incidente naquelas operações foi transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria quando da operação de entrada, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme art. 343, XIX, do RICMS/97, tendo o autuado utilizado crédito fiscal sem o pagamento do ICMS diferido, conforme Anexo I.

Foram apresentadas tanto Defesa tempestiva por parte do recorrente às fls. 45 a 64, contestando as infrações e pedindo o cancelamento das mesmas, bem como Informação Fiscal pela Autuante às fls. 245 a 250, rebatendo os argumentos recursais e clamando pela procedência total do Auto de Infração.

O processo foi julgado em Primeira Instância, mediante o Acórdão JJF 0211-01/14 (fls. 254/259), declarando nulo o item 1º e mantendo o item 2º.

A 2ª Câmara, pelo Acórdão CJF 0089-12/15 (fls. 306/309), anulou o julgamento de Primeira Instância e devolveu os autos a Junta para novo julgamento.

Regularmente instruído, o processo foi a novamente julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir alinhavadas, *in verbis*:

"VOTO"

Os lançamentos em discussão nestes autos referem-se a duas situações intimamente relacionadas entre si: a) falta de recolhimento do "ICMS substituído por diferimento" [leia-se: falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária por diferimento], em virtude de o autuado ter recebido vapor d'água, cujas saídas do estabelecimento fornecedor estavam sujeitas ao regime de diferimento, sendo a responsabilidade pelo imposto transferida para o adquirente ou destinatário, na condição de sujeito passivo por substituição, tendo o autuado dado entrada daquela mercadoria sem o pagamento do ICMS diferido, e b) o imposto correspondente foi utilizado como crédito.

Ou seja, o item 1º trata da falta de recolhimento, pelo autuado, do ICMS cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que lhe é atribuída por lei, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento do lançamento do imposto, relativamente a aquisições de vapor d'água em operações internas, nos termos do inciso XIX do art. 343 do RICMS/97, e o item 2º cuida da glosa do crédito fiscal porque o autuado não recolheu o imposto diferido relativo a tais operações.

Note-se que o crédito glosado (item 2º) corresponde exatamente ao valor do imposto que deixou de ser pago (item 1º).

Na informação prestada, a autoridade fiscal que efetuou o lançamento manifestou o entendimento de que o Regulamento, ao transferir a responsabilidade do fornecedor para o adquirente ou destinatário das mercadorias, tornou a tributação efetuada por fornecedor irregular e inidôneo o crédito utilizado pelo adquirente. O autuante considera que estaria havendo apenas uma "aparente" dupla tributação da mesma operação. A seu ver, a "regularização" se operaria assim: o contribuinte deveria efetuar o pagamento do Auto de Infração; a Oxiteno faria o estorno do débito fiscal lançado por ela nas operações de saída de vapor; o crédito fiscal da Oleoquímica, ora glosado, poderia ser "relançado" na escrita fiscal, ficando desfeito assim o "bis in idem" e a glosa dos créditos ficaria sem efeito prático.

Na descrição do fato, foi omitido um dado substancial: o imposto que deveria ser recolhido pelo destinatário havia sido destacado nas Notas Fiscais pelo remetente.

Conforme já decidiu a 2ª Câmara no Acórdão CJF 0089-12/15, o termo final da suspensão do pagamento do imposto neste caso ocorreu na entrada da mercadoria nas instalações físicas do destinatário, e por isso ele tem responsabilidade legal pelo adimplemento da obrigação tributária principal. Também decidiu a 2ª Câmara no supracitado acórdão que, relativamente ao equivocado destaque do imposto nas Notas Fiscais emitidas pelo remetente, a Oxiteno Nordeste S.A., esta é uma pessoa jurídica estranha à presente relação de direito processual.

Sendo assim, no tocante ao lançamento do item 1º, deixando de lado as peculiaridades deste caso e considerando que, literalmente, nos termos do art. 343, XIX, do RICMS/97, é deferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas internas de vapor d'água, para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, fica patente que o lançamento atende à previsão regulamentar, pois foi no estabelecimento do autuado que se encerrou o diferimento. Mantenho o lançamento do item 1º.

A sorte do item 2º está atrelada ao item 1º. O ICMS é um tributo não cumulativo. O contribuinte, ao se debitar do imposto incidente em suas operações, tem direito ao crédito do tributo incidente nas operações anteriores. Aqui está sendo lançado o imposto cujo diferimento se encerrou na entrada da mercadoria no estabelecimento do autuado, objeto do item 1º, e, em consequência desse lançamento, torna-se automaticamente legítimo o crédito do imposto lançado, sendo por conseguinte indevida a glosa do crédito do item 2º.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela JJF, consoante previsão legal, ante a procedência parcial nas infrações 1, 3 e 4 e nulidade da infração 2.

Mais uma vez irresignado com a com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta novo Recurso Voluntário (fls. 361 a 374), onde alega, após uma breve narração dos fatos ocorridos na lide e a transcrição de todas as infrações, que a Decisão recorrida merece ser reformada no que tange a infração 1 e mantida em relação a infração 2, repisando os argumentos apresentados na sua Defesa e/ou primeiro Recurso Voluntário, anteriormente apresentados, e, ao final, refazendo todos os pedidos já postulados.

Passa a discorrer sobre sua operação.

Aduz que se trata de indústria química dedicada principalmente à fabricação de produtos químicos orgânicos.

Aponta que no exercício das suas atividades adquire regularmente vapor d'água da empresa Oxiteno Nordeste S/A Indústria e Comércio (“Oxiteno”), o qual é aplicado como insumo no seu processo produtivo.

Diz que até 01/11/2011, as operações estavam sujeitas ao regime de diferimento previsto no artigo 343, inciso XIX, do RICMS/BA, sendo transferida para si, como adquirente, a obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS devido pela Oxiteno ao dar saída do referido produto. Detalha que a OXITENO (remetente e contribuinte de direito), emitiu as notas fiscais de saída com destaque do ICMS subsequente recolhimento do imposto, conforme as notas fiscais de saída listadas pela Fiscalização e o livro Registro de Saídas da Oxiteno, todos anexados aos autos.

Assevera que tanto a fiscalização como o próprio acórdão recorrido não negam que houve efetivo Débito do ICMS por parte do remetente (Oxiteno), insistindo na manutenção do lançamento, exclusivamente, pelo fato de que não foi observado o regime de diferimento.

Em seguida, passa a discorrer sobre as razões para o cancelamento da infração 1.

Sustenta que há dupla exigência do imposto.

Neste sentido, explica que o diferimento é uma mera técnica de arrecadação, instituído como política tributária, sem repercussão na majoração/diminuição do tributo ou criação/extinção do tributo. Após citar vários posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários neste mesmo sentido, fala que a inobservância da técnica do diferimento “não implica na formação de uma nova incidência ou fato gerador do imposto”. Para o Recorrente, “uma vez comprovado que houve débito do ICMS pelo remetente (nesse caso, Oxiteno), dentro do regime normal de apuração do imposto, resta impossibilitada a exação tributária sobre as mesmas notas fiscais, sob pena de

characterizar inequívoco bis in idem”.

Com base nesses argumentos, arremata sua tese asseverando que, caso mantida a infração 01, está sendo convalidada dupla exação sobre o mesmo fato.

Adiante, passa a falar sobre a necessidade da manutenção da improcedência da infração 02, em respeito ao princípio da eventualidade.

Alega que a comprovação de que houve débito do imposto nas saídas de vapor d’água do remetente, já seria argumento para confirmar o cancelamento desta exação. Ademais, mesmo que o pagamento da Oxiteno não seja admitido, “*a simples exigência do imposto na infração 01, já seria capaz de legitimar a apropriação do crédito pelo recorrente*”.

Para sustentar sua linha de raciocínio, cita e transcreve os artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e o artigo 348, §4º, inciso III do RICMS/BA-97.

Neste diapasão, fala que no próprio lançamento se verifica que houve dupla exigência do crédito tributário sobre a mesma operação, o que configuraria enriquecimento sem justa causa do Estado, para então juntar tabela para demonstrar o equivocado critério de apuração realizado pela fiscalização.

Argumenta que a interpretação jurídica deve ser feita de acordo com os princípios da finalidade, da adequação e da simplicidade.

Ao final de seu arrazoado, clama pelo provimento do Recurso Voluntário, “*de forma a cancelar integralmente o crédito tributário exigido na infração 01, bem como requer seja negado provimento ao Recurso de Ofício, na parte do crédito tributário cancelado em 1ª Instância*”.

Em termos, os autos forma remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 377 a 379, a n. Procuradora Maria José Ramos Coelho, seguidamente a uma síntese dos fatos e do Recurso interposto, considera ausentes justificativas capazes de provocar revisão do acórdão guerreado.

Primeiramente aponta que a imputação fiscal está devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária e atende todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF. Ressalta que as questões de constitucionalidade ou ilegalidade não poderão ser apreciadas por este Egrégio CONSEF, em face dos termos do art. 167, II do RPAF/BA.

No mérito, aponta que o sujeito passivo não logra êxito em colacionar provas materiais aptas a alterar a exigência fiscal, devendo ser aplicada, também, o artigo 142 do RPAF, pois 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. Nesta esteira, coloca que “*o recorrente, na condição de destinatário da mercadoria, só teria legitimidade para utilizar o crédito fiscal se o comprovante do pagamento do imposto estivesse anexado às notas fiscais*”.

Fala que não há prova do prévio pagamento do imposto pelo remetente e ressalta que apesar de o remetente ter destacado o imposto nas notas fiscais de fornecimento, o imposto não foi “pago” – apenas foi debitado.

Conclui que pode ser aplicado o artigo 143 do RPAF, eis que, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por fim, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Em sessão de julgamento do dia 10 de novembro deste ano, os Patronos da parte, após minudente exposição dos fatos, explicaram que em todas as notas de venda realizadas pela Oxiteno, houve o destaque do ICMS e que a empresa havia solicitado a restituição do indébito junto a Secretaria da

Fazenda, informando a existência deste Auto de Infração, conforme abaixo transcrito:

"A fim de evitar decisões conflitantes no âmbito da administração Tributária, em homenagem ao princípio que veda a prática de comportamentos contraditórios, requer seja o presente requerimento suspenso até o julgamento do contencioso administrativo controlado no Auto de Infração nº 297518.004/14-1, assegurando o direito de aproveitamento do Crédito pela OXITENO, se houver manutenção da autuação em face da OLQ."

Para a comprovação da afirmativa quanto ao destaque do imposto, foram juntados cópias dos livros de entrada, saída e de apuração da Oxiteno, enviadas via SPED.

Em sessão de julgamento do dia 19 de novembro de 2015, os patronos da parte comunicaram, por meio do protocolo junto ao sistema SIPRO, a interposição de petição da Oxiteno com a desistência do pedido de restituição existente e relacionado com este Auto de Infração.

VOTO

A presente lide diz respeito à apreciação dos Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra a Decisão da 1ª JJJ fiscal que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

A infração 1 tem como cerne a falta de recolhimento do ICMS deferido, quanto que, a infração 2, gravita em torno da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às mesmas operações açambarcadas a primeira exação.

Ab initio, mesmo não sendo arguidas questões de específicas de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos.

Compulsando os autos, percebo que as imputações estão claras, a base de cálculo foi determinada conforme os elementos previstos em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes às autuações em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do Contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Portanto, estão afastadas todas as questões arguidas quanto às nulidades do Auto de Infração e da Decisão de piso.

Passo ao exame do mérito da infração 1 e do Recurso Voluntário.

Do exame dos autos, é incontestável o fato de que não houve a observância por parte do recorrente quanto ao regime de deferimento estabelecido para as compras de vapor d'água, conforme estabelece o artigo 343, XIX do anterior RICMS/BA-97.

Assim, julgo acertada a Decisão que apontou a legitimidade passiva do ora recorrente nas operações de aquisição de vapor d'água junto a Oxiteno (CJF nº 0089-12/15), bem como a nova Decisão de piso (JJF nº 0104-01/15) que julgou procedente a infração 1.

Entretanto, algumas questões de relevo, pré-existentes e supervenientes aos julgamentos anteriores, devem ser sopesadas para o deslinde deste processo.

A primeira delas é que não paira dúvida quanto a inobservância do regime de deferimento por parte da Oleoquímica.

Porém, foi cabalmente demonstrado pelos Patronos da parte, com a juntada dos livros de entrada, saída e de apuração da Oxiteno, que o ICMS realmente foi destacado e apurado por esta empresa (Oxiteno) em todas as operações de venda de vapor d'água para Oleoquímica.

Dentro deste quadro fático, com evidente existência de um erro, restaria então a procedência da infração em relação à Oleoquímica, por descumprimento do regime de deferimento, e o direito ao pedido de restituição do indébito por parte da Oxiteno, por ter apurado o imposto no regime normal, ao qual não estava submetida a mercadoria vendida.

Ocorre que, em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa e em favor da justiça fiscal, deve-se sopesar o segundo fato relevante e superveniente aos julgamentos anteriores, qual

seja: a desistência a restituição de indébito realizado pela Oxiteno em novembro de 2015, junto a Secretaria da Fazenda, conforme protocolo do Sistema SIPRO, demonstrando que não há mais como haver a restituição dos valores pagos indevidamente, até outubro de 2010.

Bem sabido que, em regra, este Colegiado não acata o recolhimento do substituído como fato capaz de elidir a infração de responsabilidade do substituto.

Sucede que, no caso em questão, diante de uma situação fática específica e minuciosamente comprovada, restou entendido que: **i**) não há possibilidade de prejuízo ao erário, **ii**) houve comprovação do pagamento indevido e em tempo por parte do substituído e **iii**) o prazo de restituição já foi exaurido em parte do período abrangido pela infração.

Deste modo, em nome da justiça fiscal e da vedação do enriquecimento sem causa, entendo que deve ser declarada a insubsistência parcial da infração 01 até a data da última ocorrência sobre a qual não há mais o direito de restituição por parte do substituído (até outubro de 2010).

Vale ressaltar que não resta mais nenhuma hipótese em que o Estado venha a “perder” o ICMS pago indevidamente no regime normal alcançado pela prescrição, pois o prazo para restituição de parte deste imposto foi exaurido.

Restou claro durante a instrução processual que houve um pedido de restituição por parte da Oxiteno para todo período apurado, mas com clara indicação da existência deste Auto de Infração e pedindo a suspensão da restituição até o julgamento deste PAF.

Tal fato já indicava a boa-fé das partes envolvidas ao deslinde da questão junto ao Erário, mas foi com a posterior manifestação de desistência ao pedido de restituição, comprovada através do protocolo no sistema SIPRO da Secretaria da Fazenda, que possibilitou a alteração de posicionamento deste Colegiado neste julgamento.

Evidente, pois, que nos fólios processuais houve a comprovação de aspectos únicos e determinantes à alteração do entendimento da questão do pagamento incorreto pelo substituído e, consequentemente, para excepcionar o juízo prevalecente deste CONSEF.

Considerando o acima exposto entendo mais consentâneo com os fatos apresentados nos autos, a desistência da restituição do indébito e com as normas e princípios vigentes no ordenamento tributário, que seja declarada a insubsistência parcial da infração 1 em relação ao período de janeiro de 2010 a outubro de 2010, mantendo as ocorrências compreendidas entre novembro de 2010 e outubro de 2011.

Diante desses fatos, dou Parcial Provimento ao Recurso Voluntário.

Passo ao exame do Recurso de Ofício.

Já no que atine a infração 2, creio que está certa a 1ª JJF em afastar esta exação sob o argumento de que ela está atrelada ao 1º item do Auto de Infração, lembrando que o ICMS é um imposto não cumulativo e, portanto, o Contribuinte tem direito a se debitar do imposto incidente nas operações anteriores.

Poderia se dizer que, com a comprovação da apuração e pagamento do ICMS efetuado pela Oxiteno, tal crédito agora cobrado seria legitimando dentro da cadeia tributária.

Assim, não há como não concorda com a argumentação do n. Julgador de *primo grau* que muito bem expôs que “*Aqui está sendo lançado o imposto cujo deferimento se encerrou na entrada da mercadoria no estabelecimento do autuado, objeto do item 1º, e, em consequência desse lançamento, torna-se automaticamente legítimo o crédito do imposto lançado, sendo por conseguinte indevida a glosa do crédito do item 2º*”

Nada mais lógico aplicar esse entendimento uma vez que, trata-se da melhor exegese da norma constitucional, já que, manter o 2º item desta autuação, nos molde propostos pela fiscalização e

diante das circunstâncias alcançadas no item 1º, seria impor ao contribuinte a dupla tributação, o enriquecimento sem causa por parte do Estado e, ao mesmo tempo, vedar o seu direito constitucional e legal de compensar os créditos com os débitos do ICMS, escriturados por terceiros.

Ademais, com a manutenção da infração 1, também seria correto dizer que o direito ao crédito no regime de diferimento também nasce da entrada da mercadoria no estabelecimento e, dessa forma, o crédito dentro desse sistema legal já estaria garantido, mesmo com o seu desrespeito.

Nesta senda, do exame do Recurso de Ofício, julgo a infração 2 improcedente, conforme o julgamento de base.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar Parcialmente Procedente a infração 1, mantendo somente as ocorrências de novembro de 2010 a outubro de 2011, conforme o demonstrativo abaixo e do NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 1			
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. JULGADO	MULTA
30/11/2010	09/12/2010	156.561,90	60
31/12/2010	09/01/2011	236.277,29	60
31/01/2011	09/02/2011	413.658,24	60
28/02/2011	09/03/2011	347.236,66	60
31/03/2011	09/04/2011	369.903,41	60
30/04/2011	09/05/2011	450.166,74	60
31/05/2011	09/06/2011	402.248,46	60
30/06/2011	09/07/2011	180.863,34	60
31/07/2011	09/08/2011	338.057,68	60
31/08/2011	09/09/2011	535.253,12	60
30/09/2011	09/10/2011	481.734,09	60
31/10/2011	09/11/2011	410.673,30	60
TOTAL		4.322.634,23	

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação).

Concordo com a Decisão proferida pelo n.Relator tanto quanto ao Recurso de Ofício como ao Recurso Voluntário.

Entretanto, no que se refere à reforma em parte da Decisão relativa ao Recurso Voluntário (infração 1), o entendimento prevalente nas decisões emanadas por este Conselho é de que nas situações em que o ICMS é contemplado pelo benefício fiscal do diferimento com encerramento no momento da entrada, o imposto é devido pelo adquirente na condição de responsável.

Nesta situação específica é razoável acatar como devido parte do ICMS destacado no documento fiscal emitido pelo remetente, a quem caberia o direito de requer restituição do imposto pago de forma indevida, em razão de não haver mais como restituir valores pagos até outubro de 2010.

Logo, entendo justificável a modulação proposta pelo i.Relator para não configurar enriquecimento sem causa da Fazenda Pública Estadual, com relação ao período autuado de janeiro a outubro de 2010, e manter a exigência referente as ocorrências compreendidas entre novembro de 2010 e outubro de 2011.

No tocante ao Recurso de Ofício, pertinente a infração 2, também, o crédito fiscal referente à aquisição de produto adquirido contemplado com o benefício fiscal do diferimento que encerra no momento da entrada do estabelecimento, só é admissível quando houver lançamento e recolhimento por parte do adquirente. Neste caso específico, tendo o estabelecimento autuado escriturado o crédito fiscal destacado na nota fiscal emitida pelo remetente, que não tinha obrigação de destacar o ICMS, e tendo sido exigido pelo Fisco o imposto diferido por parte do

adquirente, uma vez julgada a infração 1 procedente em parte, fica legitimado o direito de uso do crédito fiscal tanto do destacado na nota fiscal que o remetente não pode mais exigir restituição de indébito, quanto ao valor que foi exigido do destinatário.

Ressalte-se que se o estabelecimento autuado não efetivar o pagamento dos valores exigidos por meio do Auto de Infração, na infração 1, também não lhe é assegurado o direito ao crédito fiscal correspondente, podendo o Fisco dentro do período decadencial, vir exigir a glosa do crédito fiscal.

Com estas observações, acompanho o voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207140.0034/14-0, lavrado contra **OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.322.634,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO EM SEPARADO

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS