

**A. I. Nº** - 281508.0006/15-9  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.  
**AUTUANTE** - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO  
**ORIGEM** - IFEP-DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 26.09.2016

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0148-05/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. I) SAÍDAS ISENTAS. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida; II) SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida; b) MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida; c) CRÉDITO SUPERIOR AO DETERMINADO PELA LEGISLAÇÃO. O Decreto 14.213/12 definiu que os critérios materiais para limitação do crédito são dois: o tipo de mercadoria e a unidade federativa de origem. Não há, portanto, qualquer condicionante ligado à pessoa jurídica beneficiada, diferentemente do que alega o sujeito passivo. Infração caracterizada; d) BENS DO ATIVO. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida; 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) IMPOSTO NORMAL. Infração não contestada; b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Alegações do sujeito passivo não têm lastro nas provas do processo. Infração caracterizada; 3. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. Os demonstrativos de débito demonstram que somente foram incluídas operações nos meses em que os destinatários estavam inaptos. Refutadas as alegações defensivas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$747.457,77, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.05.01: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção de imposto, nos meses de fevereiro, março e maio de 2012. Valor do ICMS: R\$1.786,70. Multa de 60%. Consta que “referem-se a saída de produtos da cesta básica”;

Infração 02 – 01.05.03: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Valor do imposto: R\$636.211,65. Multa de 60%. Consta que “Refere-se a utilização de crédito fiscal em percentual superior a 10% do valor da base de cálculo, contrariando o disposto no artigo 6º do Decreto 7799/2000”;

Infração 03 – 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março a julho, novembro e dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$3.693,32. Multa de 60%. Consta que “Trata-se de operações de vendas de mercadorias para contribuintes com situação cadastral irregular (inapto, baixado, cancelado), com redução na base de cálculo prevista no artigo 6º do Decreto 7799/2000”. As operações estão demonstradas em planilhas juntadas ao auto de infração;

Infração 04 – 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de outubro e dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$5.308,15. Multa de 60%;

Infração 05 – 01.02.23: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base no cálculo fixado na unidade federada de origem, superior ao estabelecido em lei complementar, convênio ou protocolo, no mês de dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$46.841,75. Multa de 60%. Consta que “Trata-se de utilização de crédito do ICMS, nas aquisições de mercadorias para comercialização, oriundas dos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba, sem observância dos limites de créditos fixados pelo Decreto 14.213, de 22 de novembro de 2012”;

Infração 06 – 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referentes a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de novembro de 2012. Valor do ICMS: R\$3.475,43. Multa de 60%. Consta que “Trata-se de aquisições de créditos do ICMS, referentes a aquisições de cartazes promocionais, mostruários (display), totens, folhetos, isto é, materiais de divulgação e não produtos comercializados pelo contribuinte”;

Infração 07 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$9.413,67. Multa de 60%;

Infração 08 – 07.04.01: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$40.727,10. Multa de 150%. Consta que “Trata-se de venda de mercadorias para contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes da SEFAZ, contrariando o disposto no inciso I, do artigo 353 do Decreto 6.284/97”.

A autuada apresenta impugnação às folhas 524 a 760, mediante a qual contesta parcialmente o presente lançamento, com base nas razões a seguir.

Com relação à infração 01, nega a ocorrência do ato ilícito que lhe foi atribuído. Afirma que não foi verificado pelo Fiscal que as mercadorias explicitadas na infração nº 01 foram devolvidas, em sua totalidade, pela Impugnante ao emissor das notas fiscais de compra e venda. Assim sendo, conclui que não deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS, mas lançou o crédito e depois fez o débito, pois, conforme notas fiscais que seguem em anexo, DOC. Nº 04, todas as mercadorias elencadas no lançamento foram devolvidas, inclusive, no mesmo dia, tudo em conformidade com os documentos fiscais de recebimento e devolução das mercadorias que anexa. Desta forma, com fulcro na documentação anexada, conclui que não ocorreu qualquer utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por parte da impugnante, devendo ser esta infração julgada totalmente improcedente, segundo a autuada.

Quanto à infração 02, transcreve o teor do art. 29, §8º da Lei 7.014/96, bem como do art. 312, §1º do RICMS/12 para concluir, a seguir, que os artigos acima mencionados são cristalinos ao afirmarem que é assegurado ao sujeito passivo o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria no estabelecimento, sendo que o valor do estorno será proporcional à redução, em relação ao percentual destacado na nota fiscal.

Desta forma, defende que o procedimento adotado foi correto, utilizando o percentual de 12%, que foi o valor da alíquota do ICMS do Estado de origem, valor este que, por expressa determinação legal, deveria ser creditado. Em anexo, a título de amostragem, acosta algumas das notas fiscais citadas pelo agente fiscal em seu relatório, que comprovam a alíquota (12%) e o valor do ICMS efetivamente retido, quando da circulação inicial da mercadoria entre diversos Estados da Federação e a Bahia. Argumenta que o Fiscal autuante, equivocadamente, a despeito de citar na planilha a alíquota de 12% (doze por cento), através de um erro de fórmula, calculou como se referida alíquota, em verdade, fosse de 10% (dez por cento) sobre a base de cálculo cheia. Anexa a planilha utilizada no auto de infração.

Explica que, na planilha, pode ser verificado o erro no cálculo do tributo, na medida em que o Fiscal explicita 12%, mas, em verdade, aplicou a alíquota de 10% sobre a base de cálculo cheia. Na verdade, prossegue, a redução da base de cálculo não pode ser confundida com redução de alíquota, como fez crer o fiscal. Reafirma que utilizou a alíquota de 12%, que é a do Estado de origem e aquela devidamente explicitada nas notas fiscais. Como se trata de diversos produtos acostou, por amostragem, algumas das notas fiscais citadas pelo autuante (DOC. Nº 05).

Arremata sua argumentação neste ponto, afirmando que o erro na planilha é explícito e a fórmula está absolutamente equivocada, na medida em que cita uma alíquota e o cálculo é realizado com base em outra. A suposta diferença, por óbvio, foi encontrada em decorrência deste erro.

Argumenta que, como um erro não pode ser fato gerador da obrigação tributária principal, gerando enriquecimento ilícito para o fisco, tem-se que a infração número 02 deva ser inteiramente anulada, por erro na execução da fórmula utilizada pelo fiscal autuante.

Quanto à infração 03, alega que diversos dos contribuintes tidos como inaptos ou baixados estão, em verdade, ativos ou tiveram sua situação registrada após o início da data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Explica, primeiramente, que verificou, no bojo do lançamento, que os fatos geradores das obrigações tributárias relacionadas à infração 03 ocorreram entre 31.03.2011 e 31.12.2011, contudo, após a listagem das vendas que foram excluídas, a impugnante realizou um levantamento junto ao Cadastro de Contribuinte do próprio Estado da Bahia e verificou que o CNPJ listado como inativo, baixado ou cancelado, de fato, está ativo, conforme extrato em anexo (DOC. Nº 06), cujo destinatário indica.

De outro lado, alega existirem clientes seus que somente estiveram na condição de baixados ou inaptos (DOC. Nº 06) após o fato gerador da obrigação tributária, ou seja, após a realização das vendas constantes no lançamento. Indica os destinatários referidos.

Conclui que, como pode ser percebido através da documentação anexada, existe empresa tida como inapta, inativa ou baixada pelo fiscal que continuam sendo ativas. De outro lado, argumenta, existem empresas baixadas e consideradas inaptas após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Exatamente por isto, em relação às vendas realizadas às empresas que estão ativas e às que foram baixadas após a ocorrência do fato gerador, entende que não merece prosperar a autuação.

De mais a mais, prossegue, na época da ocorrência do fato gerador da obrigação, ainda que todas as empresas elencadas pela fiscalização fossem não inscritas, inaptas ou baixadas, defende que o sistema do Estado era quem deveria informar a situação da empresa e bloquear a emissão da nota fiscal. Até porque, a condição de inapta é estabelecida, unilateralmente, pelo próprio fisco. Assim sendo, nesta hipótese, estar-se-ia diante de situação de “culpa concorrente” entre o substituto tributário e a administração fazendária do Estado da Bahia que não disponibilizou aos substitutos, na época, ferramenta capaz de reconhecer a existência de empresas na situação em que a venda sem a retenção do ICMS não seria possível.

Daí porque, com relação à infração 03, entende devem ser excluídas do lançamento as vendas realizadas a contribuintes ativos e àqueles que somente após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária tiveram configuradas as suas condições de baixados, inaptos ou inativos.

Quanto à infração 04, alega que não foi verificado pelo fiscal que as mercadorias descritas foram devolvidas, em sua totalidade, pela impugnante ao emissor das notas fiscais de compra e venda. Assim sendo, conclui que não se creditou do ICMS, mas lançou o crédito e depois fez o débito, pois, conforme notas fiscais que seguem em anexo (DOC. Nº 07), todas as mercadorias elencadas no lançamento foram devolvidas, inclusive, no mesmo dia, tudo em conformidade com os documentos fiscais de recebimento e devolução das mercadorias anexados.

Desta forma, com fulcro na documentação anexada, entende que não ocorreu qualquer utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, devendo ser esta infração julgada totalmente improcedente.

Quanto à infração 05, transcreveu o artigo 309, § 7º, do RICMS/12, bem como o Decreto 14.213/2012, para concluir que o parágrafo único do artigo 2º do Decreto 14.213/2012, citado pelo

Fiscal, é explícito ao afirmar que 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. De outro lado, por óbvio, quando não existir benefício fiscal, as obrigações aqui estabelecidas não devam ocorrer, inclusive o estorno da parte correspondente ao benefício, caso este não exista. Prossegue, afirmando que, de mais a mais, o anexo único do Decreto 14.213/2012 é explícito ao afirmar que as reduções não dizem respeito aos produtos industrializados.

No caso, primeiramente, afirma que o autuante partiu de uma presunção de que todos os vendedores domiciliados nos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba gozariam de benefícios fiscais e a impugnante não realizou o estorno da parte correspondente àquele suposto benefício. Contudo, afirma que nem todos os vendedores provenientes daquelas unidades federativas possuem benefícios fiscais, conforme declaração dos próprios emitentes das notas fiscais anexadas (DOC. Nº 08).

Alega que o fiscal não observou que diversos dos produtos elencados nesta infração não estão especificados no anexo único do Decreto 14.213/2012, além do que são de fabricação própria CFOP 6.101, com exceção dos produtos com CFOP 6.102. Isto é, explica que são produtos industrializados, conforme notas fiscais que também seguem em anexo (DOC. Nº 08) e, por isto, não poderiam gerar qualquer crédito e, conseqüentemente, estaria incorreta a autuação. Isto porque, explica, tal crédito somente poderá ser limitado para produtos e empresas que possuem protocolos ou algum convênio com os Estados de origem. Como visto, existem várias empresas que venderam à impugnante e não possuem qualquer benefício junto aos seus Estados, além de produtos que não são beneficiados pelas reduções do ICMS. Desta forma, conclui que a presunção utilizada pelo fiscal está manifestamente equivocada e deve ser utilizado, efetivamente, o crédito destacado na nota fiscal. Exatamente por isto, defende que a presunção utilizada pelo fiscal deve ser veementemente refutada por este CONSEF, devendo ser a infração anulada para apuração posterior de quais vendedores e produtos, efetivamente, possuem benefícios fiscais, pois trata-se de presunção relativa, aqui refutada pela impugnante.

Já com relação à infração 06, alega que não pode prosperar, pois todos os materiais explicitados pelo fiscal também foram devolvidos ao comprador, tudo em conformidade com as notas fiscais que anexa (DOC. Nº 09). Desta forma, conclui que não foi utilizado qualquer crédito fiscal de ICMS relativo às mercadorias citadas pelo agente fiscal, pois a mercadoria foi, efetivamente, devolvida, não configurando a circulação da mercadoria e, em consequência, o critério material da regra matriz de incidência tributária do ICMS não foi concretizado, devendo o pagamento inicial ser, simplesmente, devolvido através de débito, tal qual, corretamente, procedeu a impugnante. Em assim sendo, conclui que a infração 06 também deverá ser julgada totalmente improcedente.

Quanto à Infração 07, afirma que reconhece a procedência do lançamento.

Quanto à infração nº 08, afirma que não procede a argumentação do fiscal e refuta integralmente todo o entendimento explanado nesta autuação. Em verdade, explica, recolheu todo o ICMS retido aos cofres públicos do Estado da Bahia. Conforme documentação em anexo (DOC. Nº 10), afirma que pode ser percebido que a Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque, substituta tributária, recolheu, no exercício de 2011, os DAE's, nas datas e nos valores que explicita mediante relação.

Afirma que, em todos os DAE's anexados, encontram-se explicitados os números das notas fiscais aos quais se referem. De outro lado, prossegue, também estão sendo anexadas (DOC. Nº 10) cópias de relatórios de devolução de clientes e relatório de saídas, relativamente ao exercício de 2011, podendo ser comprovado que os valores recolhidos ao Estado da Bahia, acima explicitados, são aqueles relativos às notas fiscais aqui exigidas, em que a impugnante foi substituta tributária.

Dito em outras palavras, explica que a nova cobrança de crédito tributário já recolhido aos cofres públicos do Estado da Bahia fará com que exista um enriquecimento ilícito deste Ente Tributante, prática que deve ser vetada por este CONSEF.

Conclui a sua peça impugnatória, afirmando haver prestado todos os esclarecimentos necessários para o julgamento do Auto de Infração, tendo juntado provas, argumentado e questionado com base na lei e em fatos autênticos.

Após resumir os argumentos deduzidos, pede deferimento.

Às folhas 763 a 772, o autuante presta informação fiscal, contra arrazoando o que segue.

Quanto à Infração 01, acata as alegações defensivas. Afirma que, analisando as operações de saídas, verifica-se que efetivamente as mercadorias foram devolvidas na sua totalidade, com destaque do imposto, com a adoção da mesma alíquota de aquisição das referidas mercadorias, anulando, por consequência, a necessidade de estorno de crédito.

Quanto à Infração 02, acata, mais uma vez, as alegações defensivas. Explica que, confrontando as notas fiscais juntadas às folhas 572/593 com a escrituração fiscal, constata-se que os créditos utilizados estão em conformidade com o artigo 6º do Decreto 7799/2000. Esclarece que, na verdade, ao elaborar a escrituração fiscal, o contribuinte lançou no campo destinado à base de cálculo do ICMS, valores diversos dos que constam nas notas fiscais, mas que não causaram prejuízos ao fisco, visto que, ao aplicar as alíquotas de origem sobre tais valores, os créditos apropriados se adequaram aos valores previstos no Decreto 7799/2000.

Quanto à Infração 03, afirma que a defesa não traz qualquer documento que desconstitua a infração fiscal. Esclarece, primeiramente, que as operações objeto desta infração, ocorreram no período de 03/03/2011 a 31/12/2011 e não a partir de 31/03, como afirma o autuado. Alega que o contribuinte não fez qualquer prova das suas alegações. Ressalta que as informações cadastrais juntadas às folhas 630/642, não elidem a ação fiscal, pois trazem as informações de situações cadastrais posteriores ao período fiscalizado.

Cita o próprio exemplo citado pelo autuado, no caso Gilmar Ferreira da Silva. Explica que, de acordo com a informação cadastral, juntada à folha 36 do PAF, o contribuinte esteve na situação de inapto no período 03/03 a 09/11/2011 e as operações objeto da ação fiscal foram realizadas neste lapso de tempo. Logo, conclui que o fato de o contribuinte ter posteriormente regularizado a sua situação cadastral, não tem o condão de desconstituir a infração.

De referência aos demais contribuintes citados, relacionados na página anterior, afirma tratar-se da mesma situação de Gilmar Ferreira da Silva, de modo que não há reparos a serem feitos com relação a esta infração.

Registra, inclusive, que as empresas Faculdades Adventistas da Bahia e Rádio Subaé não são contribuintes do ICMS, de maneira que não se aplica a redução de base de cálculo do ICMS nas operações de vendas feitas para as mesmas.

Por fim, afirma que não pode ser acolhida a alegação de culpa concorrente, pois há previsão expressa na legislação, de que a redução da base de cálculo, prevista no Decreto 7799/2000, só se aplica nas saídas de mercadorias para contribuintes do ICMS em situação cadastral regular. Ademais, argumenta, o fisco do Estado da Bahia disponibiliza tais informações dos contribuintes **do** inscritos, acessível aos demais contribuintes.

Conclui que a infração deve ser mantida.

Quanto à Infração 04, acata as alegações defensivas, reconhecendo que os documentos de folhas 645/656, demonstram que as mercadorias foram efetivamente devolvidas.

Quanto à Infração 05, alega que as afirmações trazidas pelo contribuinte carecem de realidade. Após reproduzir o trecho da impugnação com o conteúdo citado, afirma que foi observado todos os critérios elencados no decreto em comento, que identificou as mercadorias adquiridas pelo autuado, sujeitas à limitação de créditos fiscais do ICMS, tendo inclusive, informado nas planilhas de folhas 497/507, que todos os fornecedores ali relacionados, têm como uma de suas atividades (principal ou secundária), a venda por atacado, de maneira que esta infração deve ser mantida na sua inteireza.

Quanto à Infração 06, acata as alegações defensivas, reconhecendo que todas as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor, e por esta razão não houve o cometimento de infração, já que a devolução se deu com destaque do ICMS, consoante documentos de folhas 676/677.

Quanto à Infração 07, frisa que o contribuinte admitiu que cometeu esta infração.

Quanto à Infração 08, afirma que as arguições do autuado não prosperam, pois não demonstrou, de forma específica, quais notas relacionadas pelo autuante foram objeto de recolhimento. A título de exemplo, observa que, no DAE relativo ao recolhimento das operações realizadas no mês de janeiro de 2011 (folha 679), não constam as notas fiscais 295019, 295069, 302544, 305096, 306989, 303197, 303130, 298788, 303322, 300976, 308006, 296568, 309401, 296568, de maneira que as simples alegações do contribuinte, sem demonstrar objetivamente as suas alegações, devem ser rechaçadas. Ressalta que, no DAE supracitado, referente ao pagamento do mês de janeiro/2011, são citadas apenas 12 notas fiscais, ao passo as operações objeto da infração em comento, ocupa apenas no mês de janeiro, 17 folhas, cada uma com 42 linhas. Ademais, prossegue, a própria autuada não demonstrou uma única operação objeto da autuação, que figure nos DAEs juntados. Também não juntou à sua defesa uma única nota fiscal daquelas relacionadas nas folhas 130/350, demonstrando o destaque do ICMS-ST, restando assim demonstrado que a infração deve ser mantida integralmente.

Conclui a sua peça informativa, explicando que, em razão do acolhimento das alegações do autuado, as infrações 1, 2, 4 e 6 foram excluídas, e, em consequência, elaborou novo demonstrativo de débito, conforme planilha que acosta ao processo.

Ante todo o exposto, declara que merece parcial acolhida a impugnação da autuada, no tocante as infrações 1, 2, 4 e 6, mantendo as infrações 3, 5, 7 e 8, devendo ser julgado procedente em parte o auto de infração, fixando o valor histórico das infrações em R\$100.675,84.

Cientificado da informação fiscal, a autuada manifesta-se, às folhas 782 a 794, apenas reiterando os termos da sua impugnação.

É o relatório.

## VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, anexado os demonstrativos de débito pertinentes e as fichas cadastrais das empresas destinatárias das mercadorias, bem como os elementos de prova suficientes à demonstração dos fatos alegados. Entendo, por isso, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Quanto à Infração 01, a acusação fiscal foi de “Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção de imposto”. O sujeito passivo alega que todas as mercadorias autuadas foram objeto de devolução ao remetente das mercadorias, conforme trecho de sua peça defensiva, à folha 528, abaixo reproduzido.

“Assim sendo, diferentemente da conclusão do Fiscal, a Impugnante não deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS, mas pagou o crédito e depois fez o débito, pois, conforme notas fiscais que seguem em anexo, DOC. Nº 04, TODAS as mercadorias elencadas no lançamento foram devolvidas, inclusive, no mesmo dia, tudo em conformidade com os documentos fiscais de recebimento e devolução das mercadorias, aqui anexados.”

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reconhecido que as mercadorias foram, efetivamente, devolvidas, conforme trecho à folha 764, reproduzido a seguir.

“Analisando as operações de saídas, verifica-se que efetivamente as mercadorias foram devolvidas na sua totalidade, com destaque do imposto, com a adoção da mesma alíquota de aquisição das referidas mercadorias, anulando, por consequência, a necessidade de estorno de crédito.”

Assim, restou provado, pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, feito pelo autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução, não devendo prosperar a autuação. Assim, a Infração 01 é improcedente.

Quanto à Infração 02, a acusação fiscal é “Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo”. O sujeito passivo se insurge relativamente ao lançamento, alegando que a cobrança decorre exclusivamente de um erro de fórmula cometido pela autoridade fiscal, que teria utilizado 10% como limite do crédito, ao invés de 12%, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 531.

“Na planilha pode ser verificado o erro no cálculo do tributo, na medida em que o Fiscal explicita 12%, mas, em verdade, aplicou a alíquota de 10% sobre a base de cálculo cheia. Na verdade, a redução da base de cálculo não pode ser confundida com redução de alíquota, como fez crer o Fiscal. A Alíquota utilizada pela Impugnante foi de 12%, que é a do Estado da origem e aquela devidamente explicitada nas notas fiscais.”

Em sua informação fiscal, o autuante, mais uma vez, reconhece que houve erro no levantamento fiscal, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 766, abaixo reproduzido.

Mais uma vez tem razão o contribuinte, pois confrontando as notas fiscais juntadas às folhas 572/593 com a escrituração fiscal, constata-se que os créditos utilizados estão na conformidade do artigo 6º do Decreto 7799/2000. ...”

Assim, entendo que restou provado que nada é devido nesta infração, tendo o próprio autuante admitido o equívoco no levantamento fiscal. Tenho a Infração 02 como improcedente.

Quanto à Infração 03, a acusação fiscal foi de “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. O sujeito passivo alega que o levantamento fiscal incluiu, indevidamente, empresas ativas, que somente se tornaram inaptas, em período posterior à ocorrência das operações autuadas, conforme trecho de sua peça defensiva, à folha 528, abaixo reproduzido.

“Daí porque, com relação à infração nº 03, deve ser excluído do lançamento as vendas realizadas a contribuintes ativos e àqueles que somente após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária tiveram configuradas as suas condições de baixados, inaptos ou inativos, o que será de INTEIRA JUSTIÇA.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, tendo afirmado que as informações cadastrais acostadas pelo sujeito passivo refere-se, em verdade, a período posterior ao período fiscalizado, conforme trecho à folha 768, reproduzido a seguir.

“... Com relação a esta infração, a defesa do contribuinte, não traz qualquer documento que desconstitua a infração fiscal. Registre-se, primeiramente, que as operações objeto desta infração, ocorreram no período de 03/03/2011 a 31/12/2011 e não a partir de 31/03, como afirma o autuado. Segundo: o contribuinte não fez qualquer prova das suas alegações. Notem que as informações cadastrais juntadas às folhas 630/642, não elidem a ação fiscal, pois trazem as informações de situações cadastrais posteriores ao período fiscalizado.”

De fato, o autuante tem razão, pois examinando o extrato da situação cadastral da empresa “Gilmar Ferreira da Silva”, à folha 36 (citado pela autuada e pelo autuante), observo que este contribuinte esteve inativo no período de 03/03/2011 a 09/11/2011, conforme histórico lá registrado. Cotejando essa informação com o demonstrativo de débito correspondente (folhas 351 a 360), é possível concluir que somente foram autuadas as operações destinadas à empresa citada nos meses de março e junho de 2011 (vide folhas 351 e 353), não havendo registro de autuação nos meses de novembro e dezembro de 2011. Tal se dá, também, para os demais contribuintes inativos citados.

Descabida, igualmente, é a alegação empresarial de que houve culpa do Estado, pois o sujeito passivo estava obrigado a conhecer a situação cadastral das pessoas com que mantém relação comercial, nos termos do inciso I do art. 142 do RICMS/97.

“Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

...”

Assim, não há reparo a ser feito à autuação, neste ponto. A Infração 03 é procedente.

Quanto à Infração 04, a acusação fiscal é “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária”. O sujeito passivo alega que todas as mercadorias autuadas foram objeto de devolução ao remetente das mercadorias, conforme trecho de sua peça defensiva, à folha 538, abaixo reproduzido.

“Contudo, em verdade, não foi verificado pelo Fiscal que as mercadorias explicitadas na infração nº 04 foram devolvidas, em sua totalidade, pela Impugnante ao emissor das notas fiscais de compra e venda.”

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reconhecido que as mercadorias foram, efetivamente, devolvidas, conforme trecho à folha 768, reproduzido a seguir.

“Com relação a esta infração a alegação do contribuinte é de que houve a devolução total das mercadorias objeto da ação, e que por esta razão, a infração não subsiste. Tem razão. Os documentos de folhas 645/656, demonstram que as mercadorias foram efetivamente devolvidas.”

Assim, restou provado, pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, feito pelo próprio autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução, não devendo prosperar a autuação. Assim, a Infração 04 é improcedente.

Quanto à Infração 05, a acusação fiscal foi de “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base no cálculo fixado na unidade federada de origem, superior ao estabelecido em lei complementar, convênio ou protocolo”. O sujeito passivo não nega o creditamento referido, mas defende a sua licitude, ao argumento de que o Decreto 14.213/12 somente se refere a produtos industrializados, além do que nem todos os vendedores das mercadorias autuadas possuem benefícios fiscais no Estado de origem. Alega, também, que as mercadorias autuadas não foram especificadas pelo decreto citado, conforme trechos de sua peça defensiva, às folhas 536 a 537.

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, tendo afirmado que somente foram objetos do lançamento as mercadorias elencadas no Decreto 14.213/12, vendidas por estabelecimento industrial e atacadista ou empresas comerciais atacadistas. Contesta a afirmação de que o decreto somente se aplicaria a produtos industrializados, sendo essa a condição de parte das mercadorias contempladas, mas não exclusividade, conforme se depreende da leitura de trecho de sua peça informativa, à folha 769, reproduzido a seguir.

“As afirmações trazidas pelo contribuinte carecem de realidade, vejamos:

- a) o fiscal não entendeu que todas as mercadorias oriundas dos Estados abrangidos pelo Decreto 14.213/2012, estão sujeitas aos limites de créditos ali estabelecidos, tanto que, apenas incluiu nesta infração, parte das aquisições das mercadorias elencadas no referido decreto, vendidas por estabelecimento industrial e atacadista e/ou empresas comerciais atacadistas; e
- b) Em nenhum trecho do Decreto 14.213/2012, consta a não aplicação do limite de crédito sobre produtos industrializados. Tanto isto é verdade, que os itens 1.9, 1.10, 1.11, 1.17, 2.4, 3.2 do anexo único do referido decreto relacionam, exclusivamente, produtos industrializados;
- c) O Decreto elenca as mercadorias e os tipos de contribuintes remetentes, cujas mercadorias estão sujeitas ao limite de crédito. Citamos como exemplos: Outras mercadorias remetidas de estabelecimento distribuidor ou Atacadista (Estado de Goiás); mercadorias remetidas de estabelecimentos atacadistas, Mercadorias remetidas de central de distribuição de estabelecimento industrial ou de distribuidor exclusivo (Paraíba); Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista (Minas Gerais).”

Quanto à alegação de que o Decreto somente se aplicaria a produtos industrializados, não assiste razão ao sujeito passivo, pois o art. 1º definiu bem claramente que o propósito da norma é excluir o creditamento em relação a benefícios fiscais não autorizados, conforme texto abaixo.

“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.

...”

Não há, portanto, relação de exclusividade com os produtos industrializados.

Quanto à alegação de que nem todos os vendedores possuem benefício fiscal no Estado de origem, é importante ressaltar que os critérios materiais para limitação do crédito são dois: o tipo



de mercadoria e a unidade federativa de origem. Não há, portanto, qualquer condicionante ligado à pessoa jurídica beneficiada, diferentemente do que alega o sujeito passivo. Assim, independentemente de quem seja o vendedor, há a previsão normativa de limitação do crédito no destino, não procedendo as alegações defensivas.

Por fim, quanto à alegação de que há diversas mercadorias não especificadas no Decreto 14.213/12, faz-se necessário que o sujeito passivo especifique a sua contestação, apontando os documentos e as mercadorias que, no seu entendimento, não foram contempladas na limitação do crédito.

Ora, considerando que o lançamento fiscal traz uma relação exaustiva dos documentos fiscais e das mercadorias objeto da glosa do crédito, conforme folhas 497 a 507, seria preciso que a autuada apontasse, de forma especificada, os itens em relação aos quais haveria desconformidade com o Decreto. Como não o fez, entendo que restou provada a Infração 05, a qual tenho por procedente.

Quanto à Infração 06, a acusação fiscal é “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referentes a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento”. O sujeito passivo alega que todas as mercadorias autuadas foram objeto de devolução ao remetente das mercadorias, conforme trecho de sua peça defensiva, à folha 538, abaixo reproduzido.

“Contudo, não pode prosperar a referida infração, pois todos os materiais explicitados pelo Fiscal também foram devolvidos ao comprador, tudo em conformidade com as notas fiscais em anexo, DOC. Nº 09.”

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo reconhecido que as mercadorias foram, efetivamente, devolvidas, conforme trecho às folhas 769 a 770, reproduzido a seguir.

“O autuado defende-se dizendo que todas as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor, e por esta razão não houve o cometimento de infração, pois a devolução se deu com destaque do ICMS, consoante documentos de folhas 676/677.

Tem razão.”

Assim, restou provado, pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, feito pelo autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução, não devendo prosperar a autuação. Assim, a Infração 06 é, também, improcedente.

Quanto à Infração 07, a autuada reconheceu a legitimidade da exigência fiscal, conforme folha 770. Assim, a Infração 07 é procedente.

Quanto à Infração 08, a acusação fiscal é “Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa”. O sujeito passivo contesta o lançamento, alegando que recolheu no período, todo o ICMS devido aos cofres do Estado, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 539, abaixo transcrito.

“Não procede a argumentação do Fiscal e a Impugnante refuta integralmente todo o entendimento explanado nesta autuação. Em verdade, a Requerente recolheu todo o ICMS retido aos cofres públicos do Estado da Bahia. Conforme documentação em anexo, DOC. Nº 10, pode ser percebido que a Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque, substituta tributária, recolheu, no exercício de 2011, os DAE’S, nas datas e nos valores abaixo explicitados: ...”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, tendo contra arrazoado no sentido de que a autuada não especificou quais as notas fiscais em relação às quais efetuou a quitação do tributo, conforme trecho à folha 770, reproduzido a seguir.

“As arguições do autuado não prosperam. Primeiro porque não demonstrou de forma específica quais notas relacionadas pelo autuante foram objeto de recolhimento. Vejamos a título de exemplo, que no DAE relativo ao recolhimento das operações realizadas no mês de janeiro de 2011 (folha), 679, não constam as notas fiscais 295019, 295069, 302544, 305096, 306989, 303197, 303130, 298788, 303322, 300976, 308006, 296568, 309401, 296568, estas são apenas inscrições constantes da folha 130, de maneira que as simples alegações do contribuinte, sem demonstrar objetivamente as suas alegações, devem ser rechaçadas. Notem eméritos julgadores que no DAE supra citado, referente ao pagamento do mês de janeiro/2011, são citadas apenas 12 notas fiscais, ao passo as operações objeto da infração em comento, ocupa apenas no mês de janeiro, 17 folhas, cada uma com 42 linhas. Demais disto, a própria autuada não demonstrou uma única operação objeto da autuação, que figure nos DAES juntados. Também não juntou à sua defesa uma única

nota fiscal daquelas relacionadas nas folhas 130/350, demonstrando o destaque do ICMS ST, restando assim demonstrado que a infração deve ser mantida integralmente.”

Examinando os documentos anexados pela defesa, é possível notar que as notas fiscais citadas no DAE à folha 679 não figuraram no demonstrativo de débito do auto de infração, não assistindo razão ao sujeito passivo. Ademais, a defesa se limita a citar 12 documentos (que não constam do levantamento), como bem frisou o autuante, deixando de se manifestar, especificadamente, em relação a todos os demais, que se traduzem na totalidade do lançamento. Não erigiu argumentos capazes, assim, de elidir o presente lançamento. A Infração 08 é procedente.

Face ao exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, sendo procedentes as Infrações 03, 05, 07 e 08, ao passo que são improcedentes as Infrações 01, 02, 04 e 06.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0006/15-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, no valor de **R\$100.675,84**, acrescido das multas de 60% sobre R\$59.948,74 e de 150% sobre R\$40.727,10, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e V, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR