

PROCESSO	- A. I. N° 27946.0001/11-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- OXITENO DO NORDESTE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF n° 0181-04/14
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 30/08/2017

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0209-11/17**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. REDUÇÃO DO DÉBITO. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 5. Representação de acordo com o art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) c/c art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999, fundamenta que as operações relativas a demonstrações e remessas para depósito ou armazenagem não devem figurar no denominador nem no numerador da fração relativa ao cálculo do crédito, por não caracterizarem saídas definitivas com transferência de titularidade. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação Fiscal proposta pela PGE/PROFIS (fls. 1.409/1.410), com respaldo no art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) c/c art. 113, § 5º, I do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto n° 7.629/1999), objetivando - relativamente ao item 05 do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 05/12/2011 para exigir crédito tributário no montante de R\$1.328.800,82 -, excluir as operações com CFOP n° 5.905 do denominador da fração utilizada para o cálculo dos créditos decorrentes de aquisições de bens do ativo imobilizado.

A referida infração (nº 05), no montante de R\$542.759,56, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei n° 7.014/1996, acusa o contribuinte de utilização indevida do crédito relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, em valores superiores aos admitidos na legislação.

A imputação foi julgada da seguinte forma no Acórdão CJF n° 0286-11/15, de 05 de outubro de 2015 (fls. 1.285 a 1.299):

(...) Quanto à infração 5 (crédito fiscal/ativo imobilizado), o recorrente afirma que a fiscalização recalculou o coeficiente de creditamento do CIAP sem considerar, no “valor das operações de saídas e prestações tributadas” (numerador) dos valores relativos a operações de (i) remessas para armazenagem; (ii) saídas equiparadas à exportação e (iii) saída sem transferência de titularidade. Indicou a aplicação da Instrução Normativa no 53/13 para reformar a Decisão.

Inicialmente, cabe ressaltar que os fatos geradores objeto da autuação reportam-se aos exercícios de 2007 e 2008, e mesmo que citada Instrução Normativa tenha sido editada em 2013, considerando que trata de esclarecimento quanto ao cálculo da apropriação de crédito fiscal na aquisição de bens do ativo imobilizado de acordo com o estabelecido no art. 93, §17 do RICMS/97, deve se tomar os parâmetros como válidos.

De forma objetiva o recorrente argumenta que não foram consideradas as saídas com os CFOPs 6.501 (Remessa/exportação); CFOPs 6.109 (Venda/ZFM); CFOP 5.095 (saídas para armazenagem e operações de transferências); CFOP 5902, 5.903, 6.918 e 6.921 (retornos e devolução).

Com relação a esta infração observo que foi prestado uma informação fiscal e determinada a realização de diligência fiscal, que foi realizada pelo autuante, sendo que: a) Na informação fiscal (fls. 955/956), o autuante tomando como parâmetro a diligência determinada para outro processo da mesma empresa que foi indicado de forma genérica o que deveria figurar no numerador: (i) as operações tributadas, destinadas ao exterior e com diferimento (ii) no denominador estas operações e outras listadas (iii) e o que não devia figurar no numerador e denominador: locação, comodato, remessas ... b) Na diligência determinada (fls. 1145/1146) foi indicado o que deveria constar no numerador, denominador e o que não devia constar em ambos.

O julgador da primeira instância acatou a primeira informação fiscal, justificando que não concorda com o posicionamento do relator anterior que promoveu a segunda diligência, justificando (fl. 1209):

Referentemente às saídas sem transferência de titularidade (retornos de industrializações por encomenda, retornos de mercadorias recebidas para industrialização e não usadas no processo, retornos de comodato, retornos de demonstrações, remessas de vasilhames etc.: documentos 97 a 121), assim como as denominadas saídas provisórias (remessas para armazenagem), restam enquadradas no conceito de “total” e devem compor o denominador (não devem figurar no numerador, por não serem tributáveis). (grifo nosso).

Pelo exposto, houve um equívoco por parte do relator ao interpretar que os retornos de comodatos, demonstrações, armazenagens, deva figurar no denominador, visto que tanto a operação de remessa como de retorno não caracteriza saídas em caráter definitivo, conforme preconiza o item 4.4 da citada IN que orienta não ser computado o valor das operações de “outras saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa”.

Considerando o equívoco proferido na Decisão, resta verificar se as operações indicadas pelo recorrente com os CFOPs 6.501, 6.109; 5.095, 5902, 5.903, 6.918 e 6.921 com os ajustes procedidos na informação fiscal e conformidade com a orientação da IN 53/13.

No demonstrativo de fls. 1165 foram consideradas as saídas destinadas a exportação e ZFM conforme indicado nos itens 2.2 e 2.3, referente aos CFOPs 6501 (exportação) e 6109 (ZFM).

Quanto aos CFOPs 5.095 (remessa/armazenagem), 5902/5.903 (retorno/ind), 6.918 (dev/consignação) e 6.921 (dev/vasilhame), que o recorrente alega se tratar de operações provisórias e não devem ser computadas no total das operações de saídas, constato que lhe assiste razão, pois tal previsão está contida no item 4, de forma específica no item 4.4 da citada Instrução Normativa, que excetua apenas as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Constatou que na informação fiscal o autuante quantificou analiticamente as operações relativo a estes CFOPs, além de outros (demonstração, conserto ...), a exemplo do mês de janeiro/07, totalizando R\$4.072.359,45 e transportou para a coluna “c” do demonstrativo sintético à fl. 1165. Entretanto, na apuração do coeficiente não incluiu no numerador ($A+a+a'+B+b+d+e$) e deduziu do denominador apurado anteriormente ($C-c$).

Pelo exposto, concluo que os procedimentos adotados pela fiscalização na informação fiscal atende ao que foi contestado no Recurso interposto e está em conformidade com a orientação contida na Instrução Normativa no 53/13. Por isso, acolho o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante à fl. 1150, ficando reduzido o valor julgado de R\$541.845,47 para R\$465.430,63 conforme resumo abaixo: [planilha de fl. 1.296] (...)".

Alegando erro de fato, o sujeito passivo requereu controle de legalidade (fls. 1.356 a 1.362).

Inicia assinalando que o i. conselheiro relator, Dr. Eduardo Ramos Santana, reconheceu expressamente que as operações provisórias, assim entendidas aquelas em que não há transferência de propriedade, consubstanciadas nos CFOPs 5.095 [5.905], 5.902, 5.903, 6.918 e 6.921, não deveriam ser computadas entre as operações de saída.

Embora os cálculos homologados por meio do citado Acórdão de segunda instância tenham conceitualmente promovido o ajuste de todas as operações de caráter provisório, deixaram de considerar, por erro de fato, aquelas com CFOP 5.905 (remessas para depósitos fechados ou armazéns gerais).

A questão foi submetida à apreciação da PGE/PROFIS, que, observando o princípio do contraditório, converteu o feito em diligência ao autuante (fl. 1.383).

À fl. 1.384, o auditor fiscal, apresentando diversas justificativas, não efetuou alterações, motivo pelo qual a Procuradoria do Estado solicitou nova diligência (fls. 1.385/1.386), da qual, desta feita, resultou modificação no valor exigido, consoante o documento de fl. 1.387 e anexos.

Foram juntados diversos demonstrativos analíticos às fls. 1.389 a 1.404 e um sintético à fl. 1.405, no qual é possível notar, em cotejo com a revisão de fl. 1.150, acatada na Decisão recorrida, que o valor da infração 05 foi reduzido para zero.

A questão relativa à composição do numerador e do denominador repercute nas infrações 05 a 07. No Recurso Voluntário, a sociedade empresária informou ter promovido o pagamento das infrações 07/08 (fl. 1.227).

Na revisão de fl. 1.150, determinada pela JJF (Junta de Julgamento Fiscal) e acolhida pela CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), a infração 5 teve o seu valor modificado para menos, enquanto as de números 6 e 7 para mais, motivo pelo qual essas últimas foram mantidas em seus montantes originais no julgamento de segunda instância.

Entretanto, na revisão de fl. 1.405, determinada pela PGE/PROFIS, as três imputações foram alteradas para valores menores.

Com isso, a PGE/PROFIS, às fls. 1.409 a 1.411 (verso) entendeu ser pertinente a pretensão do autuado, exclusivamente relativa à quinta infração, de excluir do denominador as operações com CFOP nº 5.905, pelo que encaminhou os autos ao Consef para nova deliberação.

VOTO

O pleito de controle de legalidade e a Representação cingiram-se a abordar a infração 5 (fls. 1.356 e 1.409). Apesar de o demonstrativo de fl. 1.405 - resultante da revisão solicitada pela PGE/PROFIS -, ter explicitado alterações nas imputações 5 a 7, limitarei o julgamento ao item do lançamento de ofício objeto dos requerimentos, de modo a evitar proferir Decisão *extra petita*.

O art. 93 do RICMS-BA/1997 dispõe sobre o crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes na apuração do imposto a recolher. O § 17 do referido artigo estatui que:

"(...) I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior; (...)".

Portanto, tenho como acertado o entendimento consubstanciado no Acórdão CJF nº 0286-11/15, de que retornos de comodato, operações relativas a demonstrações e remessas para depósito ou armazenagem não devem figurar no denominador nem no numerador da fração relativa ao cálculo do crédito, por não caracterizarem saídas definitivas com transferência de titularidade.

Embora a Câmara tenha explicitado a mencionada concepção, as remessas para armazenagem constaram do demonstrativo acolhido na Decisão recorrida (fl. 1.150), de acordo com o que restou esclarecido na informação fiscal de fl. 1.387 (item 01).

Portanto, acolho o demonstrativo sintético de fl. 1.405, elaborado pelo auditor, e julgo IMPROCEDENTE a infração 5.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, com a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279464.0001/11-8, lavrado contra OXITENO DO NORDESTE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$708.847,45, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados dos valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS