

A. I. Nº - 297248.0000/15-3
AUTUADO - CALÇADOS BIBI NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - MARLON ANTÔNIO LIMA REGIS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 12.04.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0036-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR CREDITADO A MAIS. ERRO NO CÁLCULO DO CRÉDITO PRESUMIDO. O autuado não traz aos autos elementos com condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Alegação defensiva de que o cálculo realizado pela Fiscalização está totalmente equivocado, já que tributou as devoluções de ICMS ST, não procede. As diligências cumpridas pelo autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, trouxeram o esclarecimento necessário quanto à inexistência de duplicidade de lançamentos aduzida pelo impugnante. Verifica-se, claramente, que no levantamento do ICMS ST levado a efeito pelo autuante os valores do ICMS ST referentes às alegadas devoluções foram corretamente deduzidos. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$36.079,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de agosto a outubro de 2012, maio, julho e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$31.399,07, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte habilitado ao PROBAHIA, sendo-lhe concedido o percentual de crédito presumido de 99% dos débitos de ICMS referentes às obrigações próprias, apropriou-se de créditos sobre devolução de vendas. Falta de estorno na mesma proporção. Conforme Tabela 01 e registros EFD juntados;

2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a abril, julho, agosto, outubro e dezembro de 2012, janeiro a outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.680,06, acrescido da multa de 60%.

Consta à fl. 43 dos autos, petição do autuado na qual requer a guia para pagamento parcial do débito referente à infração 1, relativo aos meses de agosto a outubro de 2012, março, maio e julho de 2013. À fl. 46 dos autos consta requerimento do autuado para emissão da guia para pagamento parcial do débito atinente à infração 2, no valor de R\$76,54.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 49 a 53). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

No que tange à infração 1, consigna que em conformidade com a autuação, possui incentivo fiscal do PROBAHIA, no qual tem direito creditório de 99% do ICMS referente aos débitos próprios.

Esclarece que reconhece a exigência fiscal no período objeto da autuação, exceto quanto ao mês de agosto de 2013, no valor de R\$30.414,93, pois a base de sustentação do lançamento neste mês é equivocada.

Salienta que a Fiscalização sustenta o lançamento porque a operação glosada trataria de devolução de vendas, bem como porque teria sido creditado do PROBAHIA sobre tal montante.

Alega o impugnante que as notas fiscais emitidas em julho de 2013, no caso as Notas Fiscais nºs 133.914 e 134.334, bem como no mês de agosto de 2013, no caso a Nota Fiscal nº 5.572, tratam de remessa e retorno para depósito/armazém geral. Acrescenta que os CFOPs utilizados, ou seja, 6.905 e 6.907, respectivamente, estão devidamente demonstrados nas referidas notas fiscais, assim como nos livros referentes ao ICMS. Diz que somente esta primeira situação já demonstra a impossibilidade de manutenção do lançamento

Afirma que outro ponto que afasta a autuação é o fato de o autuante considerar tais operações como inclusas no PROBAHIA, o que supostamente teria ocasionado o creditamento indevido.

Sustenta que não assiste razão ao autuante. Observa que os CFOPs das notas fiscais envolvidas, no caso 6.905 e 6.907, respectivamente, sequer entram na base de cálculo do PROBAHIA, que considera apenas os CFOPs 5.401, 6.101, diminuídos dos CFOPs 1.410 e 2.201.

Acrescenta que, da análise das referidas notas fiscais se observa que foram tributadas pelo ICMS, no caso das notas fiscais de saída, assim como na nota fiscal de devolução do mês de agosto de 2013.

Diz que, desse modo, correto é o lançamento a débito realizado na apuração do ICMS em julho de 2013 e o lançamento do crédito fiscal quando do retorno no mês de agosto de 2013, por ser direito previsto na CF/88 e no RICMS/BA.

Ressalta que os créditos fiscais tomados naquelas notas fiscais estão de acordo com os nelas constantes, ou seja, conforme a documentação suporte da operação. Diz que, assim sendo, o lançamento neste ponto também não pode ser mantido.

Quanto à infração 2, alega violação ao direito de ampla defesa e do contraditório. Afirma que inexistente no presente processo qualquer documento ou informação que expresse os motivos da glosa realizada, o que, segundo diz, impossibilitou a sua defesa plenamente. Indaga como julgar o processo se nenhum dos julgadores saberá quais os motivos e provas que levaram à glosa do crédito.

Ressalta que todas as decisões administrativas devem ser fundamentadas, o que, segundo diz, não ocorre no presente caso, que somente menciona a glosa ocorrida, porém, não a especifica, impossibilitando a defesa. Acrescenta que, isto é o que dispõe o art. 50 da Lei n. 9.784/96 cuja redação reproduz.

Sustenta que não havendo qualquer fundamentação ou documento o lançamento é nulo.

Assinala que, apesar disso, apenas a título exemplificativo, juntou cálculo e notas fiscais do mês de janeiro de 2012, referente ao ICMS ST, onde procura demonstrar que o valor recolhido está correto.

Conclui que, deve a glosa ser afastada ou, ao menos, o feito ser convertido em diligência, a fim de que o autuante apresente os motivos e cálculos que o levaram a apurar o ICMS ST não recolhido.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja afastado o lançamento. Requer, ainda, alternativamente, a realização de diligência para que seja esclarecida a forma em que se deu o lançamento do ICMS ST e, após, seja reaberto o prazo para complementação da defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 230/231). Consigna que apresenta as razões pelas quais deve ser julgado procedente o Auto de Infração, ao mesmo tempo em que, tendo em vista o amplo direito de defesa constitucional, faz a juntada de planilhas contendo os dados das Notas Fiscais

Eletrônicas que fundamentaram o lançamento, bem como, concede novo prazo ao impugnante para que tome ciência e proceda às providências que julgar de direito.

Contesta a argumentação defensiva atinente à infração 1. Afirma que, contrariamente ao aduzido pelo impugnante, a base de cálculo desta infração, teve por objeto os valores lançados na sua escrituração fiscal digital (EFD), onde se percebe que, exceto nos meses indicados na tabela 01, fl. 06 dos autos, os estornos de créditos lançados foram calculados à razão de 99% do valor total de créditos, conforme o arquivo E110, fl. 07 dos autos, conforme manda a lei.

Observa que o impugnante alega que só deve estornar o valor de R\$8.079,23, referente às devoluções de vendas, fl. 10 dos autos, e que o crédito de R\$30.414,93 se refere a retorno de simples remessa.

Salienta o autuante que, agindo desse modo, o autuado se beneficiou do fato de ter lançado os débitos por conta das simples remessas para depósito e armazém geral situado em outro estado da Federação. Acrescenta que, ao computar os débitos de ICMS por conta das remessas para depósito o autuado se beneficiou dos créditos presumidos do PROBAHIA, calculados à razão de 99% do total de débitos. Diz que, desse modo, o autuado deve estornar a razão de 99% os créditos tanto por retornos como por devoluções de mercadorias.

Assinala que o autuado já figurou no polo passivo de Auto de Infração anteriormente lavrado pelas mesmas razões e reconheceu, na ocasião, o ilícito. Neste sentido, menciona o Acórdão JF N° 0390-05/09, que acosta aos autos.

Quanto à infração 2, observa que o impugnante alega que teve obstado seu direito à ampla defesa, pois o Auto de Infração traria apenas um resumo dos valores que compuseram a base de cálculo da infração imputada.

Consigna que a tabela 02, fl. 14, foi elaborada de acordo com os dados da EFD do contribuinte, conforme fls. 15/18, dados consolidados dos arquivos digitais da SEFAZ/BA, fl. 19, e relação de DAES pagos pelo autuado, fls. 21/22.

Ressalta, no entanto, que em respeito ao direito constitucional à ampla defesa do contribuinte, acostou a Informação Fiscal planilhas onde estão relacionados todos os dados das Notas Fiscais Eletrônicas referentes às saídas internas sujeitas ao regime da antecipação tributária por retenção, o que, segundo diz, veio a corroborar os dados consolidados anteriormente lançados.

Conclui consignando que deve ser dada vistas dos documentos que acostou e aberto novo prazo ao contribuinte para se manifestar, assim querendo.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

O autuado se manifestou (fls. 290 a 292). Consigna que estranha o recebimento de nova Informação Fiscal, já que inexistente base legal para que haja espaço para uma réplica no processo administrativo. Afirma que a juntada de documentos posteriores não afasta a nulidade do lançamento, que não continha as informações e documentação mínima para ser mantido. Registra que, na própria troca de e-mail realizada, o autuante concorda com o equívoco no lançamento.

Assevera que, diversamente do alegado pelo autuante, e conforme cabalmente comprovado na impugnação, não foi realizado crédito do PROBAHIA em relação ao mês de agosto de 2013.

Aduz que as notas fiscais emitidas em julho de 2013, no caso as Notas Fiscais nºs 133.914 e 134.334, bem como no mês de agosto de 2013, no caso a Nota Fiscal n.5.572, tratam de remessa e retorno para depósito/armazém geral. Acrescenta que os CFOPs utilizados, ou seja, 6.905 e 6.907, respectivamente, estão devidamente demonstrados nas referidas notas fiscais, assim como nos livros referentes ao ICMS.

Salienta que a análise das referidas notas fiscais permite observar que foram tributadas pelo ICMS tanto na saída quanto na devolução em agosto de 2013. Diz que a decisão do Acórdão JF N. 0390-05/09 mais lhe favorece do que a Fiscalização.

Quanto à infração 2, diz que a nova documentação que junta, claramente permite verificar que o cálculo realizado pela Fiscalização está totalmente equivocado, já que está tributando as devoluções de ICMS ST. Explica: diz que ao vender a mercadoria, tributa o ICMS ST e o recolhe. Quando da devolução tem direito ao crédito deste mesmo ICMS ST, haja vista que previsto na legislação local e em face do princípio da não cumulatividade.

Alega que, conforme comprovado, o autuante ao efetuar a autuação, manteve os valores das saídas de ICMS ST que foram objeto de devolução, o que fez com que lançasse o ICMS sobre parcela indevida, já que a operação não mais existiu.

Assevera que a análise da planilha apresentada e dos documentos acostados aos autos demonstra que, efetivamente, as devoluções de vendas com ICMS ST, que dão direito a crédito, estão inclusas na base de cálculo do ICMS ST, o que não é permitido, pois anula e afronta ao princípio da não cumulatividade.

A 1ª JJF considerando que o autuante não fora cientificado da manifestação do autuado converteu o feito em diligência à INFAZ/CRUZ DAS ALMAS (fl. 370), a fim de que o autuante fosse cientificado e se pronunciasse sobre o alegado pelo impugnante, elaborando, se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos. Solicitou-se, ainda, que o órgão competente da repartição fazendária intimasse o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência e demais elementos que fossem acostados aos autos pelo diligenciador e do termo de diligência.

O autuante se pronunciou (fl. 376). Registra que nada tem a acrescentar sobre as alegações defensivas, além do que já fora consignado na Informação Fiscal, salvo que o livro Registro de Apuração do ICMS, embora tenha sido intimado, não foi apresentado nem exigido, pelo fato de o autuado estar obrigado à EFD, portanto, não devendo tal livro ser considerado para efeito de prova por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Finaliza dizendo que, diante das razões já aduzidas, nada há a juntar, alterar ou refazer dentre os demonstrativos e planilhas anteriormente acostados aos autos.

O autuado se manifestou (fl. 381). Diz que, como bem dito pela JJF, o autuado comprovou que o lançamento realizado está superdimensionado, já que incluído no cálculo as devoluções o ICMS ST, o que é vedado. Registra que cientificado o autuante a apresentar planilhas e cálculos nada fez.

Requer que seja dado provimento a defesa interposta.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFAZ/CRUZ DAS ALMAS (fls. 388/389), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências relativamente à infração 2:

1. Analisasse e se pronunciasse sobre a alegação defensiva de que, no levantamento foram mantidos valores atinentes ao ICMS ST, cujas mercadorias foram objeto de devolução, o que resultou em lançamento de ICMS sobre parcela indevida, já que a operação não ocorreu. Caso se confirmasse alegação defensiva, procedesse aos ajustes necessários e elaborasse, se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos.

Após o atendimento das solicitações acima, deveria o órgão competente da repartição fazendária intimar o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência e demais elementos que fossem acostados aos autos pelo diligenciador e do termo de diligência.

O autuante se pronunciou (fl. 395). Afirma que não há que se falar em duplicidade de lançamentos nem em base de cálculo a maior, pois no levantamento do ICMS ST exigido, conforme a coluna “b” da TAB 02, já foram os valores ICMS ST referentes às alegadas devoluções devidamente abatidos.

O autuado cientificado da diligência se manifestou (fls. 410/411). Consigna que, conforme se verifica da diligência apurada, foi apontada a existência de valor em aberto de R\$283,91, referente à substituição, o que corroboraria a autuação. Alega, entretanto, que o Auto de Infração abarca outras situações que, como comprovado, estão equivocadas.

Afirma que a diligência em nada mencionou sobre os fatos mais relevantes apontados. Reproduz o que dissera sobre o PROBAHIA na Manifestação.

Salienta que a diligência não analisou este ponto ou então, silente, concordou com o equívoco do lançamento nesta parte.

Finaliza requerendo que seja dado provimento a defesa, para afastar o lançamento realizado.

O autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado (fl. 414). Diz que, contrariamente ao aduzido pelo autuado, foi utilizado crédito fiscal presumido do PROBAHIA no valor de R\$548.086,24, referente ao mês de agosto de 2013, conforme se verifica da análise da EFD, no quadro de fl. 07.

Observa que o autuado não levou em conta a devolução de mercadorias do período citado, no valor de R\$38.882,99, conforme sua EFD, quadro da fl. 07.

Salienta que o cálculo do “Estorno a Menor” dos créditos por conta das devoluções de agosto de 2013 foi de R\$30.414,93, conforme Tabela 01, fl. 06 dos autos.

Esclarece que todos os cálculos foram feitos com fundamento nas informações transmitidas pela EFD do autuado.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

A infração 1, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal presumido. Conforme consta na descrição do Auto de Infração, o autuado é habilitado ao Programa PROBAHIA, sendo-lhe concedido o percentual de crédito presumido de 99% dos débitos de ICMS referentes às obrigações próprias, contudo, apropriou-se de créditos fiscais sobre devolução de vendas, deixando de efetuar o estorno de crédito na mesma proporção.

De início, verifico que o autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, relativamente aos meses de agosto a outubro de 2012, março, maio e julho de 2013, inclusive tendo apresentado requerimento para emissão da guia para pagamento do valor do débito reconhecido. Desse modo, a lide remanesce apenas quanto à exigência atinente ao mês de agosto de 2013, no valor de ICMS exigido de R\$30.414,93.

O impugnante alega que a base de sustentação do lançamento neste mês é equivocada. Observa que a Fiscalização sustenta o lançamento porque a operação glosada trataria de devolução de vendas, bem como porque teria sido creditado do PROBAHIA sobre tal montante.

Diz que as notas fiscais emitidas em julho de 2013, no caso as Notas Fiscais nºs 133.914 e 134.334, bem como no mês de agosto de 2013, no caso a Nota Fiscal nº 5.572, tratam de remessa e retorno para depósito/armazém geral, tendo sido utilizados os CFOPs 6.905 e 6.907, respectivamente, estão devidamente demonstrados nas referidas notas fiscais, assim como nos livros referentes ao ICMS. Afirma que o autuante considera tais operações como inclusas no PROBAHIA, o que supostamente teria ocasionado o creditamento indevido, porém, não assiste razão ao autuante, haja vista que os CFOPs 6.905 e 6.907 sequer entram na base de cálculo do PROBAHIA, que considera apenas os CFOPs 5.401, 6.101, diminuídos dos CFOPs 1.410 e 2.201.

Acrescenta que, da análise das referidas notas fiscais se observa que foram tributadas pelo ICMS, no caso das notas fiscais de saída, assim como na nota fiscal de devolução do mês de agosto de 2013.

Diz que, desse modo, correto é o lançamento a débito realizado na apuração do ICMS em julho de 2013 e o lançamento do crédito fiscal quando do retorno no mês de agosto de 2013, por ser direito previsto na CF/88 e no RICMS/BA.

A análise dos elementos que compõem este item da autuação permite concluir que não assiste razão ao impugnante.

Na realidade, tratando-se de remessa de mercadorias para armazém geral, há que se observar o tratamento tributário dispensado pela legislação do ICMS, haja vista que, sendo a remessa destinada para armazém geral localizando neste Estado – remessa interna – estas ocorrerão amparadas pela não incidência do ICMS, consoante estabelece o art. 3º, VI, “a”, da Lei n. 7.014/96. Ou seja, as notas fiscais de remessa e retorno serão emitidas sem destaque do ICMS.

Entretanto, tratando-se de remessa interestadual para armazém geral localizado noutro Estado – como é o caso das Notas Fiscais nºs 133.914 e 134.334 – haverá incidência do ICMS, registre-se, conforme acertadamente procedido pelo autuado, ao emitir referidos documentos fiscais de remessa de mercadorias de sua fabricação, no caso calçados da marca Bibi, com destaque do imposto.

Ocorre que o armazém geral ao emitir a nota fiscal de retorno simbólico das mercadorias depositadas, deverá fazê-lo sem destaque do imposto, consoante estabelece o Convênio SINIEF s/nº, de 1972, regra recepcionada pela legislação tributária do Estado da Bahia, atualmente no RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, no seu art. 467.

No presente caso, apesar de o armazém geral haver consignado corretamente na Nota Fiscal nº 5.572, a natureza da operação “Retorno Simbólico de Mercadoria”, incorreu em equívoco ao destacar indevidamente o imposto.

No entanto, equívoco maior incorreu o autuado ao se creditar indevidamente do valor do imposto destacado no referido documento fiscal e, posteriormente, não ter efetuado o estorno do crédito, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 06 dos autos.

Diante disso, a infração é procedente.

No que tange à infração 2, inicialmente, observo que não há como prosperar a pretensão defensiva de nulidade do lançamento.

Os elementos que compõem e fundamentam este item da autuação originariamente já permitiam o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório.

Verifica-se, claramente, que a descrição da conduta infracional atribuída ao autuado não permite qualquer dúvida sobre a imputação: *Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.* A complementação da descrição indica que, conforme Tabela 02, registros EFD e relação de NFe consolidada.

A juntada de elementos feita pelo autuante na Informação Fiscal diz respeito a Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo próprio autuado. Ou seja, notas fiscais de pleno conhecimento do autuado, pois em sua posse.

O princípio da verdade material, norteador do processo administrativo fiscal, permite sim o contraditório no curso do processo, inexistindo ilegalidade quando o autuante acosta elementos - reitere-se, emitidos pelo próprio autuado, portanto, do seu conhecimento.

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, constato que assiste razão ao autuante.

A alegação defensiva de que o cálculo realizado pela Fiscalização está totalmente equivocado, já que está tributando as devoluções de ICMS ST, não procede.

As diligências cumpridas pelo autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, trouxeram o esclarecimento necessário quanto à inexistência de duplicidade de lançamentos aduzida pelo impugnante.

Verifica-se, claramente, que no levantamento do ICMS ST levado a efeito pelo autuante, consta no demonstrativo “TAB 02, coluna “b”, os valores do ICMS ST referentes às alegadas devoluções corretamente deduzidos na apuração do imposto exigido.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297248.0000/15-3**, lavrado contra **CALÇADOS BIBI NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.079,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR