

**A. I. Nº** - 269193.0175/15-0  
**AUTUADO** - FCC – INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - GERALDO BARROS RIOS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 11.08.2017

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0119-02/17**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) VALORES ORIGINADOS DE OPERAÇÕES NÃO COMPREENDIDAS NO CAMPO DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS. UTILIZAÇÕES INDEVIDAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, POR NÃO TER, A UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS, REPERCUTIDO EM FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Vedada a utilização neste caso. Infração caracterizada. b) ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Prova apresentada na defesa confirma que o documento fiscal foi cancelado por emissão indevida, a que descaracteriza a infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2015, reclama o crédito tributário no valor de R\$123.875,29, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

**01 – 01.02.89** – Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 18 a 21. Multa aplicada no total de R\$70.310,97.

Consta que: *“O contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º. Inc. II Dec. 6734/97, e tem direito a Recuperação de Créditos relativos às entradas dos insumos vinculados às saídas tributadas amparadas pelo diferimento do ICMS quando destinadas a contribuintes do estado da Bahia, devidamente habilitados. Outrossim, foram constatados erros na apuração de tais créditos. As planilhas que demonstram a infração encontram-se nos ANEXOS I.1 deste PAF. As planilhas auxiliares que estribaram esses principais, dados seus tamanhos, estão nos ANEXOS I.2 do CD que contém os ANEXOS ELETRÔNICOS, no início do PAF, mas com “folhas de rosto” na sequência das planilhas dos Anexos I.1.”*

**02 – 01.02.89** – Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos

créditos, nos meses de janeiro a setembro de 2012, março, abril, junho, agosto a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 23 a 24. Multa aplicada no total de R\$39.154,81.

Consta que: *O contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º Inc. II do Dec. 6.734/97, e tem habilitação para diferimento do ICMS na importação de produtos que serão insumos na industrialização. Ocorreu de revender parte desses produtos, com o devido destaque do ICMS devido; outrossim, lançou como “Outros Créditos” no Reg. de Apuração de sua EFD, valores sob a rubrica “OUTROS CRÉDITOS REVENDA DE IMPORTAÇÃO. Instado a justificar tais lançamentos, informou ter utilizado um crédito presumido decorrente da importação de tais produtos revendidos. Ocorre que não houve pagamento de ICMS na importação desse produtos, dado o diferimento nas importações, já citado, sendo, portanto, indevidos tais créditos lançados. As planilhas que demonstram a infração encontram-se nos ANEXOS II.1 deste PAF. Apesar de possuir EFD, apresentou, também, os LVs. RAICMS encadernados. Os ANEXOS II.2 são cópias de tais livros(amostragem), e caracterizam o ilícito.*

**03 – 01.02.89** – Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de março, abril e agosto de 2012, janeiro a novembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 29 a 30. Multa aplicada no total de R\$501,89.

Consta que: *O contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º Inc. II do Dec. 6.734/97. Nas saídas de produtos que não foram industrializados no estabelecimento, o CFOP deverá ser 5.102 e 6.102 e não será objeto do referido crédito presumido. Ocorre que algumas dessas vendas deram-se com CFOP 5.101 ou 6.101, com a consequente utilização indevida do respectivo crédito presumido. As planilhas que demonstram a infração encontram-se nos ANEXOS III.1 deste PAF. Os ANEXOS III.2, no já citado CD que contém os Anexos Eletrônicos, mostram a entradas de tais produtos com CFOP 2.102 e, na sua maioria, saídas com CFOP corretos – 5.102 ou 6.102, excetos os que são objeto desta imputação.*

**04 – 01.02.89** – Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de fevereiro, março, agosto e outubro de 2012, conforme demonstrativos à fl. 32. Multa aplicada no total de R\$2.570,76.

Consta que: *O contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º Inc. II do Dec. 6.734/97, com o percentual de 99% sobre as saídas de produtos que foram industrializados no estabelecimento. O débito efetivo é, portanto, 1% do ICMS destacado na N. F. Na eventual devolução de tais produtos, por óbvio, deve-se creditar do mesmo percentual de 1% do imposto constante na N.F. de entrada, o que foi feito na maioria das operações do tipo, exceto naquelas objeto desta autuação, cujos demonstrativos estão nos ANEXOS IV.1 deste PAF. Os ANEXOS IV.2, no já citado CD que contém os Anexos Eletrônicos, são o extrato da EFD do contribuinte, e tipificam a imputação.*

**05 – 01.02.89** – Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos, nos meses de janeiro, abril a novembro de 2012, janeiro a junho de 2013, conforme demonstrativos às fls. 34 a 35. Multa no total de R\$1.189,06.

Consta que: *O contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º Inc. II do Dec. 6.734/97, com o percentual de 99% sobre as saídas de produtos que foram industrializados no estabelecimento e que constarem na Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA que concedeu tal benefício – no caso, a Resolução nro. 034/1999. Outrossim, contribuinte utilizou-se de tal benefício fiscal também em produto que não consta da referida*

*Resolução. Os ANEXOS V.1 deste PAF são os demonstrativos da infração. O ANEXO V.2 é a cópia da citada Resolução.*

**06 – 01.06.01** - Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$5.647,80, em desacordo com a legislação, no mês de maio de 2013, conforme demonstrativo à fl.39.

*Consta que: Instado a justificar tal lançamento, informou tratar-se de produto importado, revendido, que saíra c/alíquota de 12% quando a correta seria 4%. Enviou-nos declaração do destinatário comprometendo-se a não utilizar crédito superior aos 4%. SMJ, tal declaração não tem valor contábil-fiscal. A planilha que demonstra a infração encontra-se nos ANEXOS VI.1 deste PAF. Apesar de possuir EFD, apresentou, também, os Lvs. RAICMS encadernados. Os ANEXOS VI.2 trazem cópia de tal livro, com o referido estorno indevido, além do DANFE e da declaração aqui citada.*

**07 – 06.01.01** –Deixou de recolher ICMS no total de R\$4.500,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de agosto de 2013, conforme demonstrativo à fl.45.

*Consta que: “A planilha que demonstra a infração encontra-se nos ANEXOS VII.1 deste PAF. Instado a justificar o ilícito, a empresa simplesmente alegou desconhecer tal compra. Os ANEXOS VII.2 contêm cópia da NFe da compra; note-se que consta como natureza da operação, “devolução da venda de bens imobilizados”; ocorre que não consta na EFD do autuado qualquer venda para o emissário de tal N.F., mormente de Ativo imobilizado, o que caracteriza uma venda efetiva e não uma devolução. No CD de Anexos eletrônicos fizemos constar extrato da EFD do contribuinte, onde se vê existência de compras regulares de materiais de manutenção na empresa emitente (Anexos VII.3).”*

O autuado foi cientificado da autuação pessoalmente em 23/12/2015, e em 19/02/2016, por seu representante legal, apresenta impugnação às fls.52 a 57, onde, após transcrever as infrações, formulou sua defesa administrativa com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Preliminarmente, esclarece que atua neste estado com a atividade econômica principal de fabricação de calçados de couro (CNAE 15.31-9-01) inscrito na Secretaria da Fazenda como contribuinte normal. Informa ainda ser beneficiário do programa de promoção do Desenvolvimento da Bahia-PROBAHIA, estando habilitado à fruição do benefício do crédito presumido de 99% dos débitos gerados nas saídas de produtos de fabricação própria. No prazo legal, por intermédio de seu representante, em conformidade com a lei, amparada no que dispõe o art. 39, inciso VII do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, impugnou o lançamento tributário com base nas seguintes razões defensivas.

#### **Infração 01 – 01.02.89**

Argumenta que não houve clareza por parte da fiscalização, quando imputa: “*Outrossim, foram constatados erros na apuração de tais créditos*”, sem explicitar qual foi a infração cometida nem ao menos de que maneira a auditoria chegou a conclusão do fato.

Informa que lhe foi concedido o direito de utilização de créditos nas entradas, através da consulta formal PARECER FINAL nº 13804920096, fls.64 a 65.

*CONSULTA ICMS. O estabelecimento beneficiário do crédito presumido do ICMS previsto no inciso II do art. 1º do Decreto nº 6.734/97 tem direito a utilização do ICMS relativos às entradas dos insumos vinculados às saídas tributadas amparadas pelo diferimento do ICMS quando da realização de operações internas de saídas de produtos produzidos em seu estabelecimento localizado na Bahia, destinadas a contribuintes do ICMS habilitados pela Secretaria da Fazenda ao regime tributário do diferimento do ICMS.*

Sustenta que quando da realização de operações internas de saídas de produtos produzidos em seu estabelecimento localizados na Bahia (beneficiário do crédito presumido do ICMS), destinadas a contribuintes do ICMS devidamente habilitados pela Secretaria da Fazenda ao regime tributário do diferimento do ICMS, tem direito à utilização dos créditos fiscais do ICMS relativos às entradas dos insumos vinculados às saídas sem tributação amparadas pelo diferimento do ICMS.

Desse modo, suscita a nulidade desta infração, em conformidade com o disposto no Art. 18, III alínea a, do Decreto nº 7.629/99.

#### **Infração 02 – 01.02.89**

Invoca o princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto na Lei Complementar 87/96, transcrevendo o “*Art. 19 – O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado*”, e comenta que este dispositivo é uma reprodução do parágrafo 2º, inciso I, artigo 155 da Constituição Federal.

Argumenta que não há na Legislação estadual do ICMS/BA dispositivo que claramente alcance esse tipo de operação, portanto, a característica de ato ilícito não se justifica, e por isso, entende ser o mesmo improcedente. Assevera que está embasado no princípio da não-cumulatividade, e que, conforme este princípio, se não houve créditos na entrada, não deve existir o débito nas saídas, todavia entende que o direito ao estorno do débito não alcança os acréscimos moratórios decorrentes do pagamento fora do prazo legal.

Assim, transcreveu o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, para concluir que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades.

Em outras palavras, diz que o princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional. E que, através deste princípio, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por outros particulares.

Conclui, ratificando a sua boa fé e o seu comprometimento em observar todos os princípios legais e cumpri-los.

#### **Infração 06 – 01.06.01**

Transcreveu o artigo 1º da Resolução do Senado Federal, nº 13 de 2012, para arguir que a NFe nº 68773 emissão 26/04/2013, emitente FCC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., justificou a venda de um produto cuja suas características o enquadra, no que diz respeito à alíquota de ICMS de 4%, na Resolução SN nº 13, pois o produto, na sua composição, tem mais de 40% de matéria prima importada. Entretanto, alega que na emissão da NFe houve um equívoco por parte do contribuinte, que incluiu uma alíquota de ICMS de 12% por se tratar de uma venda interestadual para o estado do Ceará. Diz que, percebendo o erro, e buscando corrigi-lo, o destinatário da NF emitiu uma declaração de aproveitamento de crédito de ICMS de 4% e não de 12% conforme constava na nota fiscal, desse modo, o contribuinte em sua apuração fez o estorno da diferença de ICMS pago a maior, ou seja 8%.

Por conta disso, sustenta que em nenhum momento houve qualquer objetivo de infringir os dispositivos legais da matéria, muito pelo contrário, buscando corrigir um procedimento, acabou se equivocando em um erro formal. Esclarece que não houve nenhuma espécie de lesão ao Erário. Destaca que o trabalho fiscal lhe penaliza aplicando multa, além do estorno do crédito legalmente adquirido, o que entende não se justificar, tendo em vista que a pena em nenhum momento tem o efeito corretivo, o que deixa transparecer o objetivo tão somente de penalizar o contribuinte. Fez uma reflexão sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade que

rege a administração, e sustenta que a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Comenta que o postulado da proporcionalidade exige que a administração pública escolha, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais, ou seja: *Um meio é adequado quando promove o fim a que se propõe. Um meio é dito necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais e um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.*

#### **Infração 07 – 06.01.01**

Aduz que de posse da planilha que demonstra a suposta infração, verificou um equívoco no levantamento fiscal referente à NFe nº 1327 emissão: 08/08/2013 Valor R\$ 45.000,00 Nat. Operação: devolução da venda de bens imobilizados; emitente: METALÚRGICA CYBELLY LTDA, CNPJ: 89.999.858/0001-15, Destinatário FCC JACUIPE TERMOPLÁSTICOS, ADESIVOS E COMPONENTES LTDA., visto que o emitente da nota fiscal efetuou o cancelamento da mesma por conter erro no preenchimento dos dados do DESTINATÁRIO. Informa que a substituição desta nota ocorreu através da NFe nº 1335 emissão 16/08/2013 Valor R\$ 45.000,00 Nat. Operação: devolução da venda de bens imobilizados; emitente: METALÚRGICA CYBELLY LTDA, CNPJ: 89.999.858/0001-15. Destinatário NORPLAST – INJEÇÃO DE TERMOPLÁSTICOS LTDA. CNPJ: 08.393.587/0001-58. Ressalta que tal fato, confirma a operação como VENDA DO ATIVO IMOBILIZADO NFe nº 5646 emissão: 31/05/2013 Valor. R\$ 45.000,00 emitente NORPLAST e o destinatário: METALÚRGICA CYBELLY LTDA. Acostou cópias das referidas notas fiscais às fls.67 a 69.

Ao final, requer que seja acolhida a presente Defesa administrativa visando o julgamento improcedente do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.74 a 75, o autuante formulou sua defesa nos seguintes termos.

#### **Infração 01 – 01.02.89**

Quanto a alegação defensiva de que não houve clareza na descrição do fato, e que não foi explicitado para o contribuinte qual foi a infração cometida nem ao menos de que maneira a auditoria chegou a conclusão do fato, observa que consta na narrativa e nos anexos que estribam a infração a origem da conclusão fiscal. Frisa que fica claro que a defesa preferiu não atacar o mérito.

#### **Infração 02 – 01.02.89**

Destaca que a narrativa contida no corpo do A.I. é muito clara quanto ao objeto desta imputação, tanto que a defesa não ataca o ali contido, cujos argumentos trazidos na defesa, a seu ver, são totalmente desprovidos de fundamentação jurídica. Destaca um extrato, emblemático do todo: “... o contribuinte está embasado no princípio da não cumulatividade, já exposto acima. Conforme este princípio, **se não houve créditos na entrada, não deve existir o débito nas saídas**, todavia o contribuinte entende que **o direito ao estorno do débito não alcança os acréscimos moratórios decorrentes do pagamento fora do prazo legal**” (fl. 56, quarto parágrafo). Diz que os dois destaques são seus e se devem, no primeiro, ao ineditismo da compreensão do princípio da não cumulatividade e, no segundo, ao fato de não ter qualquer relação com a infração questionada. Deixamos de comentar o restante do texto para não correremos o risco de ser indelicados com o profissional que o produziu. Mantemos a infração sob foco.

Quanto às infrações **03 – 01.02.89; 04 – 01.02.89; e 05 – 01.02.89**, salienta que as mesmas não foram contestadas.

#### **Infração 06 – 01.06.01**

Aduz que o autuado não contesta o objeto ali contido, confirmando-o, e, traz, tão-somente, argumentos conceituais quanto a razoabilidade e a proporcionalidade do procedimento. Reitera

tudo quanto contido na justificativa trazida ao corpo do Auto, aduzindo que uma simples declaração de intenção de não utilizar o crédito a maior, por parte do destinatário, não tem qualquer validade fiscal, por entender que só um documento fiscal idôneo (no caso, uma nota fiscal) poderá legalizar um procedimento fiscal/contábil. Manteve seu procedimento fiscal.

#### **Infração 07 – 06.01.01**

O autuante, diante da comprovação da efetiva saída do bem objeto desta infração (fl. 67 do PAF), concorda com a retirada desta imputação. Registra, outrossim, as seguintes considerações: *1) o contribuinte foi instado a trazer tal prova durante a fase fiscalizatória e não o fez, como narrado no corpo do A.I.; 2) tal venda não foi lançada na EFD do mesmo, conforme também narrado. Como é venda isenta, cabe multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória. Mas, não cabe lançamento novo nesta fase do processo.*

Conclui propondo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, com a exclusão do débito no valor de R\$ 4.500,00, referente à infração **07 – 06.01.01**.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.77 e 78, o sujeito passivo foi cientificado, em 20/04/2016, da informação fiscal e documentos anexados constantes às fls. 74 e 75, sendo-lhe entregues cópias, o qual, em 05/05/2016, através do Processo SIPRO nº 074675/2016-0, manifestou-se às fls.85 a 87, destacando a tempestividade de sua manifestação, e arguiu o seguinte.

Quanto à infração 01, o defendente alega que não se pode verificar qualquer violação ao RICMS do Estado da Bahia, sendo totalmente descabida a aplicação da multa imputada ao contribuinte. Argumenta que é patente a nulidade por insegurança na determinação da infração, por entender que a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante, a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal, ocorreram divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração, e o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação, havendo insegurança quanto à denominação do produto e quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico feito pelo autuante.

Evidencia que a suposta conduta do contribuinte apontada pela fiscalização não aconteceu, e se eventualmente ocorreu, não causou prejuízo ao Erário, omissão ou diminuição de recolhimento do imposto.

Registra que será produzida prova das alegações no curso do PAF, comprovando a inexistência de ilícito fiscal passível de aplicação da penalidade de multa.

Em relação às infrações 02, 06 e 07, aduz que na discussão do mérito, demonstrou que a infração apontada pela fiscalização não ocorreu ou, se ocorreu, não causou prejuízo ao Erário, omissão ou diminuição de recolhimento do imposto.

Com base no acima arguído, requer a improcedência do Auto de Infração, e que, caso não seja esta a conclusão do órgão julgador, pugna pela aplicação das reduções das multas previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Consta à fl.91 um Comunicado expedido pela Infaz de Cruz das Almas ao autuado informando que sua defesa apresentada através do Processo nº 074675/2016-0, foi arquivada por intempestividade.

Através do Processo SIPRO nº 103669/2016-0, em 16/06/2016, fls.93 a 96, o sujeito passivo apresenta pedido de reconsideração de decisão de intempestividade da defesa e contrarrazão de informação fiscal, sustentando que a sua manifestação é totalmente tempestiva, pois foi protocolado no prazo.

Argumenta que a data de recebimento da cientificação da referida informação fiscal, foi o dia 22/04/2016, um sexta-feira, portanto, o início da contagem do prazo foi o próximo dia útil subsequente, ou seja, o dia 25 de abril. Assim, diz que o prazo a ser cumprido era de dez dias,

que findaria no dia 04/05/2016, quarta feira. Frisa que nesta data, 04/05/2016, a Infaz Cruz das Almas não funcionou por estar em greve, conforme documentos às fls.97/102, só retornando as atividades no dia 05/05/2016, data que foi protocolado o processo em questão. Com base nisso, pede reconsideração da decisão que julgou intempestiva a manifestação da informação fiscal, pugnando pelo seguimento do trâmite normal do processo.

À fl.110 consta uma informação de que o autuado apresentou defesa em 05/05/2016, um dia após o prazo de 10 (dez) dias para ele se manifestar sobre a informação fiscal. E que em 09/06/2016 o autuado tomou ciência da intempestividade da manifestação (Processo 074675/2016-0) e em 16/06/2016 apresentou outro processo nº 103669/2016-0 contestando a intempestividade em virtude de que no dia 04/05/2016 não houve expediente na SEFAZ-BA. Foi apensado o processo 103669/2016-0, tipo: Manifestação do contribuinte, a este de nº 074675/2016-0, o qual foi encaminhado que fosse apensado ao processo principal nº 251093/2015-4 referente ao AI nº 269193.0175/15-0.

## VOTO

Quanto ao pedido de reconsideração de decisão de intempestividade da defesa e contrarrazão de informação fiscal, constato que o autuado apresentou manifestação dentro do prazo estabelecido na intimação de fl.77, visto que a data de recebimento da cientificação da referida informação fiscal, foi o dia 22/04/2016, um sexta-feira, portanto, o início da contagem do prazo de dez dias foi o próximo dia útil subsequente, ou seja, o dia 25 de abril, findando-se no dia 04/05/2016. Como nesta data a Infaz Cruz das Almas não funcionou por estar em greve, conforme documentos às fls.97/102, só retornando as atividades no dia 05/05/2016, data que foi protocolado processo em questão, a manifestação do contribuinte foi tempestiva.

No mais, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos através dos documentos às fls.17 a 48, todos entregues ao sujeito passivo, conforme Termo de Recebimento de Demonstrativos de Fiscalização à fl.14.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, intimações, cópias de livros fiscais e de esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram-lhe exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Quanto a preliminar de nulidade da **Infração 01 – 01.02.89**, a pretexto de que não houve clareza por parte da fiscalização, quando imputa: *“Outrossim, foram constatados erros na apuração de tais créditos”*, sem explicitar qual foi a infração cometida nem ao menos de que maneira a auditoria chegou a conclusão do fato, analisando os demonstrativos de fls.18 a 21, constato que não assiste razão ao defendente, pois encontram-se especificados todos os números que foram extraídos da EFD do autuado, com a demonstração dos cálculos dos créditos indevidos. Se não estão corretos tais cálculos, não é o caso de nulidade, mas de improcedência, questão que será tratada na análise de mérito.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Por estas razões, fica rejeitada a arguição de nulidade, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das

formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, passo a proferir meu voto de cada infração, tomando por base tudo o que consta nos autos.

#### **Infração 01 – 01.02.89**

Versa sobre apropriação indevida de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiram em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, não sendo estornados os referidos créditos.

O lançamento está instruído com os demonstrativos às fls.18 a 21, para os quais, o autuado sem apontar erro nos números neles consignados, na defesa alegou que foram apurados por estimativa os valores devidos a título de estorno de crédito de ICMS relativo às saídas internas de mercadorias não sujeitas à incidência do ICMS.

Vejamos, a título de exemplo, como foi apurado o crédito indevido e a respectiva multa que foi lançada no auto de infração, tomando por base o mês de janeiro de 2012.

MÊS: JANEIRO 2012

ITENS	ESPECIFICAÇÃO	VALORES	ORIGEM DOS VALORES
A	SAIDAS INTERNAS TRIBUTADAS	6.400.875,44	Escritura Fiscal Digital - EFD
B	SAIDAS INTERNAS DIFERIDAS	1.375.141,91	Valor apurado na Escritura Fiscal Digital - EFD
C	SAÍDAS EXTERNAS	183.771,73	Escritura Fiscal Digital - EFD
D = (A+B)	TOTAL DAS SAÍDAS	7.959.789,08	Soma das saídas
E = B / D	% DIFERIDAS	0,17	Percentual de saídas diferidas: divisão das saídas diferidas pelo total das saídas
F	TOTAL DOS CRÉDITOS ICMS ENTRADAS	62.198,43	Crédito a Recuperar proporcional às saídas
G = F * E	ICMS A RECUPERAR SOBRE VENDAS DIFERIDAS	10.745,47	Crédito a recuperar X percentual de diferidas
H	CRÉDITO ICMS LANÇADO NA EFD	15.377,07	Valor apurado na Escrituração Fiscal Digital - EFD
I = H - G	CRÉDITO ICMS INDEVIDO	4.631,60	Diferença Crédito ICMS escriturado para ICMS a recuperar
J = I * 60%	MULTA PREVISTA	<b>2.778,96</b>	Multa de 60% sobre o crédito indevido lançado no Auto de Infração

Considerando que o autuado é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º. Inc. II Dec. 6734/97, e tem direito a Recuperação de Créditos relativos às entradas dos insumos vinculados às saídas tributadas amparadas pelo diferimento do ICMS quando destinadas a contribuintes do estado da Bahia, devidamente habilitados, no poderia ter lançado na Escrituração Fiscal Digital (EFD) a totalidade do crédito fiscal do período, ou em outras palavras, deveria ter calculado o valor do ICMS a recuperar conforme demonstrado acima. Ressalto que todos os números consignados no levantamento fiscal, e que serviram de base para apuração do ICMS a recuperar, foram extraídos da escrituração constante na EFD, e os demais valores se tratam de cálculos conforme demonstrado acima.

Portanto, ao contrário do alegado na defesa, o cálculo está claro, merecendo ressaltar que o valor para fins da multa não alcança os acréscimos moratórios decorrentes do pagamento fora do prazo legal, visto que, foi extraído da escrituração fiscal digital feita pelo próprio contribuinte, conforme demonstrado acima.

Desta forma, o cálculo da multa lançada neste item da autuação não foi feito por presunção, haja vista que, o valor do crédito do ICMS devido que foi comparado com o valor do ICMS a recuperar,

utilizado para fins de aplicação da multa de 60%, se justifica em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Mantido o lançamento.

#### **Infração 02 – 01.02.89**

Versa sobre apropriação indevida de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiram em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, não sendo estornados os referidos créditos, no período de julho a dezembro de 2010.

O lançamento está instruído com os demonstrativos às fls. 23 a 27, para os quais, o autuado sem apontar erro nos números neles consignados, na defesa alegou que foram apurados por estimativa os valores devidos a título de estorno de crédito de ICMS relativo às saídas internas de mercadorias não sujeitas à incidência do ICMS.

Foi consignado no complemento da infração que o contribuinte é beneficiário de Crédito Presumido do ICMS, como previsto no Art. 1º Inc. II do Dec. 6.734/97, e tem habilitação para diferimento do ICMS nas importações de produtos que serão insumos na industrialização.

A fiscalização constatou que ao revender parte desses produtos, com o devido destaque do ICMS devido, lançou como “Outros créditos” no Registro de Apuração na EFD, valores sob a rubrica “OUTROS CRÉDITOS REVENDA DE IMPORTAÇÃO, conforme documentos de fls.26 e 27.

Não existe negativa por parte do autuado de que tenha escriturado os referidos créditos de insumos importados, que posteriormente foram vendidos. Também não foi negado que não houve pagamento de ICMS na importação desses produtos, dado o diferimento nas importações.

Na defesa, o sujeito passivo apenas sustentou que tem direito aos créditos objeto do lançamento, por força do princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 19 da Lei Complementar 87/96, e que não há na Legislação estadual do ICMS/BA dispositivo que claramente alcance esse tipo de operação. Diz, ainda, que se não houve crédito na entrada, não deve existir o débito nas saídas, todavia entende que o direito ao estorno do débito não alcança os acréscimos moratórios decorrentes do pagamento fora do prazo legal.

A legislação tributária estabelece que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que as mercadorias recebidas tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente pago.

No caso, pelo que foi acima consignado, saliento que a fiscalização agiu corretamente, pois restou evidenciado nos autos que não houve o recolhimento do imposto por ocasião da importação, e por via de consequência, o creditamento foi indevido.

Mantido o lançamento, sendo devida a multa que foi aplicada por não ter havido repercussão no recolhimento do imposto do período objeto da autuação.

#### **Infração 03 – 01.02.89**

O autuado em sua impugnação não se manifestou sobre a imputação de utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, no total de R\$501,89, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS.

Ante o silêncio do autuado, aplico a norma do artigo 140 do RPAF: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Item subsistente, pois a infração está devidamente comprovada nos demonstrativos de fls.28 a 30.

#### **Infração 04 – 01.02.89**

Na peça defensiva o autuado não se manifestou sobre a imputação de utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, no total de R\$2.570,76, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

Ante o silêncio do autuado, aplico a norma do artigo 140 do RPAF: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Item subsistente, pois a infração está devidamente comprovada no demonstrativo de fl.32.

#### **Infração 05 – 01.02.89**

Quanto a este item, o autuado em sua peça defensiva não fez qualquer referência a acusação de utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, no total de R\$1.189,06, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

Ante o silêncio do autuado, aplico a norma do artigo 140 do RPAF: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Item subsistente, pois a infração está devidamente comprovada nos demonstrativos de fls. 34 a 35.

#### **Infração 06 – 01.06.01**

Acusa que o autuado efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$5.647,80, em desacordo com a legislação, através de lançamento como “outros créditos”.

O demonstrativo constante à fl.39, evidencia que o autuado escriturou no mês de maio de 2013, a título de estorno de débito, no livro fiscal de apuração o valor de R\$2.823,90, enquanto que a fiscalização apurou o valor de R\$8.471,70, sendo lançado no auto de infração o valor de R\$5.647,80.

A divergência entre a fiscalização para a empresa decorre do fato que o autuado apurou na Nota Fiscal nº 68.773, o valor de R\$2.823,90 à alíquota de 4%, e fiscalização entende que a alíquota correta é de 12%.

A conclusão da fiscalização é de que o produto constante na citada nota fiscal trata-se de “RIMER TU-03TF – LOTE: EMBALAGEM 03”.

Ao defender-se, o sujeito passivo justificou que a NFe nº 68773 emissão 26/04/2013, se refere a venda de um produto cuja sua característica o enquadra, no que diz respeito à alíquota de ICMS de 4%, na Resolução SN nº 13, pois o produto, na sua composição, tem mais de 40% de matéria prima importada, para a qual, frisa que na emissão da NFe houve um equívoco por parte do contribuinte; incluiu uma alíquota de ICMS de 12% por se tratar de uma venda interestadual para o estado do Ceará, conforme declaração de aproveitamento de crédito de ICMS de 4% e não de 12% conforme constava na nota fiscal.

Pelo que se vê, o autuado lançou o estorno de débito com base na declaração do destinatário que se comprometeu a não utilizar crédito superior a 4%.

Considero correto o procedimento da fiscalização em não homologar o procedimento do autuado, pois o estorno de débito sem um documento fiscal e baseado em uma simples declaração do remetente não encontra amparo na legislação tributária, em especial o artigo 307, do RICMS/12, que reza: “O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal”.

Mantido o lançamento.

#### **Infração 07 – 06.01.01**

O fato que ensejou a autuação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no total de R\$4.500,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O sujeito passivo na defesa logrou êxito na comprovação de que houve equívoco no levantamento fiscal referente à NFe nº 1327 emissão: 08/08/2013 Valor R\$ 45.000,00 Nat. Operação:

devolução da venda de bens imobilizados; emitente: METALÚRGICA CYBELLY LTDA, CNPJ: 89.999.858/0001-15, Destinatário FCC JACUIPE TERMOPLÁSTICOS, ADESIVOS E COMPONENTES LTDA., visto que o emitente da nota fiscal efetuou o cancelamento da mesma por conter erro no preenchimento dos dados do DESTINATÁRIO. Conforme cópias das referidas notas fiscais acostadas aos autos às fls.67 a 69.

Infração insubsistente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$119.375,29.

#### RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0175/15-0**, lavrado contra **FCC – INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.647,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$113.727,49**, prevista no inciso VII, “a”, do citado dispositivo e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR