

PROCESSO - A. I. N° 2068803006/16-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SLC AGRÍCOLA S.A.
RECORRIDOS - SLC AGRÍCOLA S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0132-04/17
ORIGEM - INFAS BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0129-11/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Acolhida a decadência parcial do lançamento. Excluída a exigência relativa ao documento fiscal em que foi apresentada nota fiscal complementar com destaque do imposto. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recursos de Ofício e Voluntário impetrados em face do julgamento proferido pela 4ª JJF referente ao Auto de Infração, lavrado em 29/06/2016, em que é reclamado o recolhimento de tributo no valor de R\$181.673,59, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 01.02.40 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is).

Analizando os questionamentos e argumentos apresentados pelo recorrente e manifestação do preposto autuante, fls. 48/50, assim de manifestou a 4ª JJF, fls. 59/61:

VOTO

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal

Inicialmente vale registrar que após examinar o demonstrativo que serviu de base para a exigência fiscal observei que a acusação inserida no auto de infração - utilização de crédito em valor superior ao destacado no documento fiscal somente ocorreu no mês de dezembro de 2014. Nos demais meses, observa-se que a utilização do crédito foi total, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 05.

Este fato não é ensejador de nulidade, tendo em vista que o sujeito passivo pode exercer seu direito de defesa, contestou, individualmente, as ocorrências e apontou os fatos que, segundo sua ótica, seriam capazes de desconstituir os valores que são exigidos nesta exação.

No que diz respeito ao pedido diligência esta fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

O autuado suscitou a decadência/Prescrição quanto ao lançamento relativo a janeiro de 2011, afirmando ter havido o transcurso do prazo superior a cinco anos, tanto para a constituição do crédito (multa) quanto para sua respectiva cobrança, nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional.

A prescrição e a decadência são situações distintas de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação. A decadência está prevista no artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN, representa a perda do direito da Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos. A prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito que tem o credor de ajuizar ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim

exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

- a) *o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*
- b) *o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Considerando que no caso presente, o contribuinte lançou as notas fiscais objeto do presente lançamento, portanto, declarou e apurou o imposto devido, de acordo com o valor lançado sem verificação de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra estabelecida no § 4º, do art. 150, do CTN, vale dizer: cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante de tal circunstância, necessário concluir que à data em que foi lavrado o Auto de Infração, 29/06/2016, o Fisco não mais poderia proceder à constituição do crédito relativo ao período de apuração de janeiro de 2011 em face do transcurso do prazo decadencial, razão pela qual, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação ao fato gerador ocorrido em janeiro de 2011, no valor de R\$70.713,33.

Em relação a nota fiscal nº 2212 o defendente alega existir uma nota fiscal complementar, de número 2383 que comprova o valor do crédito tomado. Destaca não ter havido qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que possui saldo credor de ICMS em decorrência das importações por ele efetuadas.

Da análise dos citados documentos cujas fotocópias encontram-se anexadas às fls. 42, 44, verifico que diz respeito à saída simbólica de algodão em pluma tipo 31-2 safra 2013/14 e algodão em pluma tipo 21-2 safra 2013/14, sendo que somente foi destacado o imposto relativo ao primeiro item, no valor de R\$ 142,94.

Na nota fiscal nº 2383, consta no campo “Dados Adicionais” a informação de que se trata de Nota fiscal complementar de ICMS referente a nota fiscal 2212, referente ao produto algodão em pluma tipo 21-2 safra 2013/14. Portanto, como não houve o destaque do imposto no documento anterior (nota fiscal nº2212), fato inclusive atestado pelo próprio autuante ao prestar a Informação Fiscal e não há provas de que houve utilização em duplicidade do crédito, acato o argumento defensivo e excluo o valor relativo a nota fiscal nº 2212 no valor de R\$7.682,26, exigido no mês de dezembro de 2014.

No que diz respeito à nota fiscal nº 3685, a própria autuada reconhece apropriação de crédito sem destaque do imposto, não podendo ser aceito o argumento defensivo de que teria direito ao crédito por tratar-se de operações de retorno, cujas remessas ocorreram com destaque do ICMS, pois somente é admitida a utilização de crédito fiscal quando este estiver destacado no documento fiscal, o que comprovadamente não ocorreu.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$103.278,00

Inconformado, o recorrente, tempestivamente, apresentou Recurso Voluntário, fls. 72/74, em que após tecer considerações sobre a desoneração parcial reconhecida pela 4ª JJF, com base no princípio da decadência, dos valores reclamados referente ao período de apuração de 31.01.2011, quando assim se manifestou o eminentíssimo relator: “Diante de tal circunstância, necessário concluir que à data em que foi lavrado o Auto de Infração, 29/06/2016, o Fisco não mais poderia proceder à constituição do crédito relativo ao período de apuração de janeiro de 2011 em face do transcurso do prazo decadencial, razão pela qual, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação ao fato gerador ocorrido em janeiro de 2011, no valor de R\$70.713,33.”.

Insurge-se mais uma vez ante a reclamada infração de utilização indevida de crédito fiscal em relação à Nota Fiscal nº 3685, emissão de CIA. BANDEIRANTES ARMAZÉNS GERAIS, datada de 20.09.2014, no valor de R\$860.650,00, na qual não consta destaque do ICMS no valor de R\$103.278,00, que diz respeito a Retorno de Armazenagem, destacando que a imputação de penalidade com base no que dispõe o RICMS 2012, nos Artigos 217, incisos I, II e III, e no Artigo 247, Parágrafos 1º e 2º, bem como a penalidade capitulada no Artigo 42, inciso VII, não subsistiria em face de haver o recorrente, com base no que dispõe o Artigo 309, §6º, do mesmo estamento.

Por fim pede o recebimento do seu Recurso Voluntário e reforma da Decisão recorrida e o reconhecimento da insubsistência da infração, face à comprovação do direito ao crédito do ICMS.

VOTO

No que diz respeito à preliminar de decadência, acato a decisão da 4ª JJF quanto ao valor reclamado de R\$70.713,33, cuja ocorrência se deu em 31.01.2011, comprovado o não recolhimento de tributo no período, em face de o RICMS não apresentar saldo devedor a recolher, com base no que determina o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Quanto ao valor reclamado de R\$103.278,00, mantido na decisão da 4ª JJF, passo a tecer as seguintes considerações:

Estabelece a Lei nº 7.014/97:

Art. 2º- O ICMS incide sobre: I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;

E, ao definir a não incidência do ICMS, assim se expressa:

Art. 3º- O imposto não incide sobre:

VI - saídas de mercadorias ou bens:

a) com destino a armazém geral ou frigorífico situados neste Estado, para depósito em nome do remetente;

b) com destino a depósito fechado do próprio contribuinte, situado neste Estado;

c) dos estabelecimentos referidos nas alíneas anteriores, em retorno ao estabelecimento depositante;

Ao enquadrar as operações de Remessa para Depósito Fechado, o legislador baiano excluiu da não incidência do ICMS a remessa para Depósito Fechado fora do Estado, o que indica que tais operações sejam tributadas pelo ICMS, obrigação atendida pelo recorrente na emissão das notas fiscais que acompanharam as mercadorias enviadas para armazém geral da Cia. Bandeirantes de Armazéns Gerais, CNPJ – 58.128.174/0012-77, inscrição estadual nº 283118810110, conforme quadro abaixo:

DATA	NOTA FISCAL	VALOR	ICMS
03.09.14	14.906	147.425,00	17.691,00
	14.908	147.425,00	17.691,00
04.09.14	14.914	105.925,00	12.711,00
05.09.14	14.930	150.725,00	18.087,00
	14.934	153.525,00	18.423,00
	14.947	118.970,00	14.276,00
TOTALS		860.650,00	103.278,00

Saliente-se que ao assim proceder o recorrente atendeu ao que determina o RICMS Bahia no Artigo 471, considerando que remeteu as mercadorias a armazém geral em função de não haver ainda efetuada a devida venda a terceiros, portanto destinatários incertos, sendo que o Retorno Simbólico dar-se-ia quando da mesma efetuada.

Art. 471. Na saída de mercadorias para entrega em armazém geral situado em unidade da Federação diversa daquela do estabelecimento destinatário, este será considerado depositante, devendo o remetente:

I - emitir nota fiscal, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

- a) como destinatário, o estabelecimento depositante;*
- b) o valor da operação;*
- c) a natureza da operação;*
- d) o local da entrega, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do armazém geral;*
- e) o destaque do ICMS, se devido;*

O procedimento da efetivação de venda de mercadorias depositadas em armazém geral situado em outra unidade da federação está definido no RICMS/BA no seguinte dispositivo abaixo transscrito:

Art. 475. No caso de transmissão da propriedade de mercadorias, quando estas permanecerem em armazém geral situado em unidade da Federação diversa daquela do estabelecimento depositante e transmitente, este emitirá nota fiscal para o estabelecimento adquirente, sem destaque do ICMS, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor da operação;

II - a natureza da operação;

III - a indicação de que as mercadorias se encontram depositadas em armazém geral, mencionando-se o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o armazém geral emitirá:

I - nota fiscal para o estabelecimento depositante e transmitente, sem destaque do ICMS, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

- a) o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;*
- b) a natureza da operação: “Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral”;*
- c) o número, a série e a data da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo; (grifo nosso)*
- d) o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento adquirente;*

II - nota fiscal para o estabelecimento adquirente, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

- a) o valor da operação, que corresponderá ao da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo;*
- b) a natureza da operação: “Outras saídas - transmissão da propriedade de mercadorias por conta e ordem de terceiro”;*
- c) o destaque do ICMS, se devido;*
- d) o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma do caput deste artigo pelo estabelecimento depositante e transmitente, bem como o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste.*

§ 2º A nota fiscal a que alude o inciso I do § 1º deste artigo será enviada ao estabelecimento depositante e transmitente, que deverá lançá-la no Registro de Entradas.(grifo nosso).

O dispositivo acima referenciado, constante do RICMS Bahia segue o que determina o Convênio S/N 1970:

Art. 21. São responsáveis pelo pagamento do ICMS:

I – os armazéns gerais e estabelecimentos depositários congêneres:

- a) na saída de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado;*

- b) na transmissão de propriedade de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado;
- c) no recebimento para depósito ou na saída de mercadoria sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo.

Quanto à falta de destaque do ICMS na Nota Fiscal nº 3.685, de 20.09.2014, de emissão da Cia. Bandeirantes de Armazéns Gerais, no valor de R\$860.650,00, além de atender ao que determina o nosso RICMS, no artigo 475, acima referenciado, atende também ao que dispõe o RICMS do Estado de São Paulo, DECRETO Nº 45.490, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2000 no seu Artigo 7º, abaixo transscrito:

Artigo 7.º- O imposto não incide sobre (Lei Complementar federal 87/96, art. 3.º, Lei 6.374/89, art. 4.º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1.º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, I, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):

I- a saída de mercadoria com destino a armazém geral situado neste Estado

II - a saída de mercadoria com destino a depósito fechado, localizado neste Estado, do próprio contribuinte;

III- a saída de mercadoria de estabelecimento referido no inciso I ou II, em retorno ao estabelecimento depositante; (grifo nosso).

Estabelece o Convênio acima referido:

38. Nos casos de transmissão de propriedade de mercadorias, quando estas permanecerem no armazém geral situado em unidade da Federação diversa do estabelecimento depositante e transmitente, este emitirá Nota Fiscal para o estabelecimento adquirente, sem lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados e sem destaque do Imposto de Circulação de Mercadorias, contendo os requisitos exigidos e, especialmente:

I - valor da operação;

II - natureza da operação;

III - circunstâncias em que as mercadorias se encontram depositadas em armazém geral, mencionando-se endereço e números de inscrição, estadual e no CGC, deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o armazém geral emitirá:

1. nota fiscal para o estabelecimento depositante e transmitente, sem lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados e sem destaque do Imposto de Circulação de Mercadorias, contendo os requisitos exigidos e, especialmente:

a) valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;

b) natureza da operação: “Outras saídas - retorno simbólico de mercadorias depositadas”;

c) número, série e subsérie e data da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo;

d) nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento adquirente;

2. nota fiscal para o estabelecimento adquirente, contendo os requisitos exigidos e, especialmente:

a) valor da operação, que corresponderá ao da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo;

b) natureza da operação: “Outras saídas - transmissão de propriedade de mercadorias por conta e ordem de terceiros”;

Conforme determina a legislação atinente às operações realizadas com Armazéns Gerais situados em unidade da federação diferente do remetente, coloca-os na condição de contribuintes do ICMS, devendo o mesmo ao receber as mercadorias registrá-las em sua escrituração fiscal creditando-se do imposto destacado no documento fiscal do depositante.

Quando ocorrer a venda por parte do depositante, este deverá emitir documento fiscal de venda, *sem destaque do imposto*, e o armazém geral emitirá nota fiscal de Venda por conta e ordem de

Terceiro, debitando-se do imposto que se creditou quando do recebimento da mercadoria depositada. Para que se configure a baixa nos estoques do depositante, o armazém geral emitirá nota fiscal de Retorno Simbólico de Mercadoria Armazenada, *sem destaque do ICMS*.

Ao utilizar crédito de ICMS no Retorno Simbólico de Mercadoria Armazenada o recorrente simplesmente busca anular a sua obrigação fiscal de recolhimento do ICMS, omitindo, desta forma, a sua obrigação.

Diante do que analiso e, com base na legislação referenciada, na preliminar, acato a decadência do valor reclamado de R\$70.713,33, com base no que determina o Artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional e, no mérito, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário assim como o Recurso de Ofício da 4ª JJF, mantendo a exigência do ICMS no valor de R\$103.278,00, pelo que voto pela manutenção da decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2068803006/16-0, lavrado contra **SLC AGRICOLA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.278,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/ROFIS