

A.I. Nº - 206973.0006/15-6
AUTUADO - EMPRESA DE TERMOPLÁSTICOS DO NORDESTE ETENO LTDA.
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.01.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0013-06/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. INCENTIVOS AUTORIZADOS POR MAIS DE UMA RESOLUÇÃO COM VIGÊNCIA SIMULTÂNEA. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO ICMS EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DOS INCENTIVOS AUTORIZADOS. A apuração do crédito exigido se deu à luz dos ditames contidos na Instrução Normativa nº 27/09. Autuada reconheceu parcialmente a acusação fiscal e recolheu o valor do crédito fiscal correspondente. Autuante acatou parcialmente as razões de defesa da Autuada. Não acatada a compensação de ICMS pago a maior em face da não comprovação nos autos do cumprimento pelo Contribuinte da regra contida do Art. 315 do RICMS-BA. Infração parcialmente elidida. Preliminares de NULIDADE não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/10/2015, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$2.876.015,07, (dois milhões, oitocentos e setenta e seis mil, quinze reais e sete centavos), referente a fatos geradores ocorridos nos meses de Maio a Dezembro de 2013; Janeiro a Dezembro de 2014; e Janeiro a Julho de 2015, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 - 03.02.04: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Erro na apuração dos valores do ICMS regime normal, código de receita 806, conforme DEMONSTRATIVOS anexos (fls. 08 a 10) em virtude do benefício DESENVOLVE. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 05/11/2015 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 30/12/2015, peça processual que se encontra anexada às fls. 25/64. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos autos às fls. 64.

Na peça impugnatória, a Impugnante ressalta que o período fiscalizado foi de 01/01/2011 até 30/09/2015, e que, porém, a Autoridade fiscal não encontrou qualquer falha na apuração do imposto, tampouco da parcela dilatada até o período de apuração correspondente a 04/2013, o que, segundo pretende, comprova que a empresa em tela sempre atuou com a diligência necessária para realizar os cálculos de incentivo fiscal de forma correta.

Salienta que a autuação se deu exatamente a partir do mês em que passou a vigorar a Resolução de Incentivo Fiscal nº 73/2013 e que, conforme pretendeu demonstrar no curso de sua peça defensiva, mesmo após a edição da segunda Resolução, acima indicada, continuou efetuando corretamente os cálculos, de acordo com as normas aplicáveis ao caso em tela, como sempre fez.

Inicia sua argumentação alegando, preliminarmente, a falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo, o que, conforme depreende das Súmulas nº 1 e 5 deste Conselho, caracteriza o cerceamento do seu direito de defesa, ensejando a nulidade do lançamento.

Argui, também, a nulidade do Auto de Infração por vício de legalidade, alegando que a Autoridade fiscal fere o princípio da legalidade a partir do momento em que nega a aplicação do benefício considerando todas as Resoluções que fazem parte do seu patrimônio jurídico, conforme preconiza a Instrução Normativa nº 47, que define o roteiro de fiscalização das empresas incentivadas.

Declara que a Autuante utiliza cálculos para apurar o montante supostamente devido aplicando interpretação própria que fere frontalmente as regras pertinentes ao incentivo fiscal *in questio* e, igualmente, ao roteiro de fiscalização, ambos consignados nas Instruções Normativas nº 27 e 47 respectivamente, partindo de premissas que fogem aos limites delineados pela legalidade estrita.

Faz referência à doutrina de Maria da Glória Ferreira Pinto, citada por Roque Carrazza em seu livro “Reflexões sobre a Obrigaçāo Tributária” (pag. 286), que entende que “A administração movimenta-se nas malhas da legalidade, uma legalidade que num Estado de Direito material se pretende não seja meramente formal e sim portadora em cada momento da própria ideia de direito”.

Alega que a Autoridade fiscal não observou, em seus cálculos, as regras consagradas na Instrução Normativa nº 27, para apuração do incentivo fiscal culminando por afrontar o princípio basilar da legalidade, numa postura que gera ambiente de insegurança jurídica, asseverando que a função do auditor fiscal é vinculada e a ele não cabem interpretações ou subjetividades, restando-lhe o dever de agir estritamente conforme as normas. Neste sentido, cita a doutrina de Roque Carrazza, que corrobora o princípio da segurança jurídica.

Observa que a principal função das referidas Instruções Normativas é unificar o entendimento no que tange à fiscalização e a forma de apuração do incentivo fiscal. Que ao negar a aplicação das duas Resoluções e impor o recolhimento do piso mensal de arrecadação, mesmo em períodos em que não houve saldo passível de incentivo fiscal, a autuação foge completamente aos limites delineados pela própria administração fazendária que editou as aludidas Instruções Normativas.

Ainda em sede preliminar, a Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração alegando ausência de motivação e cerceamento de defesa.

Aduz que o lançamento tributário é o procedimento administrativo que tem por finalidade verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, nos termos do art. 142 do CTN e que, deste modo, o lançamento da autoridade competente busca constatar a ocorrência concreta do evento ou fato e descrever a lei violada, requisitos necessários ao nascimento da obrigação fiscal correspondente, devendo este fato ser certo e determinado e expressamente identificado pela autoridade fiscal.

Afirma que, no discorrer da leitura do Auto de Infração em tela, a fiscalização foi lacunosa e se resumiu a descrever que houve recolhimento a menor do ICMS em função de erro na apuração do imposto, sem dispor de forma expressa as razões que levaram a essa conclusão.

Salienta que motivar, mais do que simplesmente alegar, é expor, de maneira transparente, explícita e apropriada, as razões de fato e de direito que levaram à edição do respectivo ato administrativo. Cita, nesta esteira, a doutrina de Marçal Justen Filho e de Roque Carrazza, com o intuito de corroborar o seu entendimento.

Frisa que a falta de fundamentação, por parte da Autoridade Fiscal, culminou por, reflexamente, cercear o seu direito de defesa, tendo em vista que não pôde conhecer, efetivamente, as razões que levaram à exação, tendo que supor ou até extrair das planilhas anexadas pelo fisco a suposta motivação da imputação e que, portanto, os argumentos que apresentou na Impugnação representam o melhor entendimento que pôde inferir do texto incerto e abrangente aposto no corpo do auto de infração.

Na sequência, a Defendente adentra as questões de mérito, reiterando que a apuração do valor do incentivo Desenvolve, ou seja, da parcela dilatada mensalmente, deve seguir o que determina a

Instrução Normativa nº 27/2009, o que não foi observado pela Autuante, conforme se depreende da análise do Demonstrativo elaborado pela fiscalização, do qual se valeu para apuração do suposto valor de imposto devido e reclamado no Auto de Infração ora discutido.

Fazendo um histórico dos incentivos que lhe foram concedidos pelo Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, explica que a Resolução nº 022/2007, com vigência a partir de outubro de 2007, concedeu, dentre outros benefícios, a dilação do prazo de pagamento de parte do imposto devido mensalmente, com base na Tabela I anexa ao Decreto nº 8.205/2002, de acordo com a Classe III, por 10 (dez) anos e que, portanto, a dilação consignada na competente Resolução foi de 70% nos primeiros oito anos de fruição do benefício, englobando, este interstício de tempo, o período objeto da fiscalização em comento. Em outras palavras, resume, a dilação de 70% vigorou até setembro/2015, abrangendo o período fiscalizado de 01/05/2013 a 31/07/2015.

Pontua, também, que em maio de 2013 foi publicada a Resolução nº 073/2013, que, entre outros benefícios, concede a dilação por 72 meses do saldo devedor apurado em função do projeto incentivado, fixando o percentual em 80%, conforme Classe II, da mesma Tabela I anexa ao Decreto nº 8.205/2002. Salienta que, embora editada em 28/08/2012, a referida Resolução teve sua vigência iniciada a partir da data de sua publicação, que se deu em 23/05/2013. Ressalta que esta segunda Resolução se aplica somente sobre o valor do saldo de ICMS que excede ao piso, fixado em R\$132.373,98.

Assim, observa que, a partir da competência 05/2013, passou a ser beneficiária de duas Resoluções com vigência simultânea. Isso porque, assevera, a primeira Resolução (022/2007) não foi revogada pela segunda, garantindo sua aplicação até a competência 09/2017, passando a ter em seu patrimônio duas Resoluções, a partir da competência de 05/2013.

Consigna que, segundo a Instrução Normativa nº 27/09, a dilação incide sobre o saldo devedor mensal passível de incentivo, que deve ser calculado de acordo com a seguinte fórmula:

SDPI = SAM – DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado; e,

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Destaca que a referida fórmula constitui entendimento pacífico do Estado, adotada para cálculo do benefício e que, no entanto, a Autuante preferiu não seguir a legislação, criando sua própria fórmula para determinação do SDPI – Saldo Devedor Passível de Incentivo, sem qualquer respaldo, que poderia ser descrita da seguinte forma:

“SDPI = SAM – DNVP + CNVP – PISO DE ARRECADAÇÃO”

Registra que até a denominação utilizada para referência ao “PISO” está equivocada, já que o que se chama de “PISO”, segundo previsto no §5º do art. 3º, do Decreto nº 8.205/2002, o qual reproduz, é um referencial para efeito de cálculo da parcela passível de incentivo, e não, como pretende a Autuante, um referencial mensal de arrecadação. Frisa que este erro interpretativo da “função do PISO” culmina por colocar o cálculo feito pela Srª Auditora Fiscal à margem da legislação pertinente e, portanto, fulminado por vício de legalidade.

Informa que, com intuito de demonstrar os valores corretos, de acordo com a Instrução Normativa nº 27/09, que cita desde o início da sua argumentação, elaborou um novo demonstrativo, utilizando os dados coletados pela própria Autuante, fazendo as retificações necessárias, que aparecem em destaque na Peça Impugnatória, às fls. 32.

Registra que a primeira retificação refere-se a débitos gerados por operações não vinculadas ao projeto incentivado, identificadas pelo CFOP 5123 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de

terceiros, remetida para industrialização, por conta e ordem do adquirente, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente), não registrados no demonstrativo da autuação, conforme item 2.1.12 da Instrução Normativa nº 27/09. Que a segunda retificação é para anexar ao saldo devedor mensal o valor de “outros créditos”, relativos a recolhimento a maior em mês anterior, também não registrado no demonstrativo elaborado pelo fisco, conforme item 2.2.23 da Instrução Normativa nº 27/09, destacando que, do valor ajustado, abateu o “PISO”, conforme valores corrigidos pela Autuante, para chegar ao SDPI.

Nesta esteira, abordando o cálculo das parcelas dilatadas, cita o Parecer da DITRI Nº 23539/2013, o qual reproduz que orienta como deve ser elaborado o cálculo do Desenvolve, na hipótese de vigência simultânea de Resoluções. Diz que o referido Parecer esclarece a forma de apuração e aplicação do incentivo fiscal no caso da empresa possuir duas Resoluções em vigência, tendo sido consolidado pela Instrução Normativa nº 27/09, a qual normatiza, em seu item “7.2”, o cálculo para hipótese de mais de uma Resolução ativa.

Registra, inclusive, que a própria ASTEC, em parecer sobre o tema, tombado sob o nº 086/2015 (anexo às fls. 49/52), também já se posicionou ao asseverar que: “por tal especificidade o cálculo das parcelas de ICMS, com prazo de pagamento dilatado – parcela incentivada - relativamente às Resoluções expedidas pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve a empresa deverá observar o item 7 da Instrução Normativa nº 27/09, emitida pela Secretaria da Fazenda, publicada no D.O.E. de 03/06/2009 conforme termos a seguir destacados, em especial os subitens 7.2; 7.2.2; 7.2.2.2.1 e 7.2.2.2.2.”.

Conclui que, no presente caso, a apuração do saldo devedor passível de incentivo deve ser realizada obedecendo aos seguintes critérios: (i) sobre o saldo devedor apurado até o valor do “Piso”, deve ser aplicada a dedução de 70%, conforme Resolução nº 022/2007; e (ii) sobre o saldo devedor apurado, excedente ao valor do “Piso”, incidirá o percentual de 80%, conforme Resolução nº 073/2013.

Dando sequência a sua argumentação defensiva, a Autuada aduz que uma vez apurada a parcela mensal incentivada que será objeto de dilação de prazo de pagamento, esta deve ser subtraída do saldo devedor mensal apurado, para ser encontrado o saldo devedor a pagar, conforme demonstrativo.

Salienta que, mais uma vez, retificou os registros feitos pela Autuante, referentes aos valores pagos, tendo em vista não ter sido consignado em seu demonstrativo o pagamento referente ao mês de dezembro/2013, no valor de R\$384.916,07. Frisa que o valor líquido final devido deve ser cotejado com os DAES relativos aos recolhimentos, apurando-se possíveis diferenças havidas nestes recolhimentos.

Declara que, finalizadas as apurações, encontrou diferenças como recolhimentos a menor, as quais reconheceu como devidas, conforme demonstrativo inserido às fls. 36.

Para finalizar, diz que diante do exposto e em face da legislação aplicável, requer sejam acolhidas as preliminares de nulidade arguidas e caso, eventualmente, este não for o entendimento dessa corte, requer sejam acolhidos os cálculos apresentados nesta defesa para que, ao final, seja declarada a procedência parcial do Auto de Infração em tela, para determinar o pagamento do valor de R\$43.350,16. Protesta provar o alegado por todos os meios permitidos, requerendo, ainda, a juntada dos documentos, planilhas e pareceres colacionados.

Em informação fiscal prestada às fls. 70/76, a Autuante informa que, após analisar a documentação acostada pela Impugnante e trocar ideias com colegas da própria IFEP Indústria, da Gerência de Indústria, e da DITRI, decidiu acatar a tese da vigência simultânea das duas Resoluções e refez os seus demonstrativos (fls. 73 a 75).

Registra que, da análise dos novos demonstrativos, poder-se-á constatar que, em que pese à adoção da vigência simultânea das resoluções 22/2007 e 73/2013, os novos demonstrativos elaborados não coincidem com os valores apontados pela defesa no período julho/2013, e isso se

deve a não compensação (de sua parte) do valor recolhido a maior em maio/2013, no valor de R\$92.377,32, como apontado na peça impugnatória.

Ademais, informa que aproveitou a oportunidade para anexar o demonstrativo da defesa, referente ao período de Nov/2014 a Jul/2015 (fls. 70) e registra que, por equívoco, a Impugnante anexou 2 cópias do Demonstrativo Jan/2014 a Out/2014, como se observa às fls. 38 e 39.

Afirma ser necessário que se tenha em mente as consequências que a compensação de valores no curso do Processo Administrativo Fiscal poderá acarretar. Que não se sabe quais serão as decisões de 1^a e de 2^a instância (se houver esta). E que, portanto, é temerário compensar quaisquer valores desde logo. Assevera, ainda, que, para que o contribuinte não seja prejudicado, o RPAF prevê o pedido de restituição e, após decisão definitiva, a Autuada poderá fazê-lo.

Informa, ainda, que nos outros períodos, há coincidência dos cálculos da sua revisão e daqueles apresentados pela Impugnante, e por tudo o que expôs, requer que os novos demonstrativos (fls. 37 a 39) sejam considerados, devendo a Autuada ser condenada ao pagamento de R\$106.317,09, relativo ao exercício 2013, e R\$10.083,92, relativo ao exercício 2014, totalizando o valor total de R\$116.401,01 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e um reais e um centavo).

Cientificada da revisão levada a efeito pela Autuante, em sede de Informação Fiscal, o Contribuinte apresenta, em 04/09/2018, manifestação contra a referida Peça Informativa, a qual se encontra anexada aos autos às fls. 82/84.

Na nova Peça Impugnatória, inicia declarando seu contentamento com a aceitação por parte do Fisco das alegações defensivas apresentadas, concordando com todos os valores apurados nas planilhas anexas à Informação Fiscal, que reduzem o débito para os valores por si apurados e reconhecidos, exceto para o período de apuração referente ao mês 07/2013.

Registra que a autoridade fiscal declara que a diferença para este período de apuração tem origem em decisão pessoal de não promover a compensação do valor de R\$92.377,32, recolhido a maior, referente ao período de apuração 05/2013, que foi compensado no período de competência 07/2013, de acordo com autorização da legislação contida no Art. 309, IX, do RICMS/12, que replica.

Ressalta que o lançamento compensatório deste recolhimento a maior por erro de escrituração foi lançado na escrituração fiscal anteriormente à “reconstrução” do conta corrente fiscal, para fins de apurar eventuais recolhimentos a menor, quando da conferência feita pelo fisco para apuração da correção dos valores da parcela dilatada autorizada pelo incentivo.

Por este motivo, declara não entender o porquê de não ser permitido, na reconstrução do conta corrente fiscal, deixar de considerar todos os lançamentos havidos na escrituração fiscal, como pretende a Autuante em sua peça. Explica que, diferente do que diz a autoridade fiscal, não se está fazendo qualquer compensação no conta corrente retificado, mas sim, um recálculo dos valores da apuração mensal, considerando todos os seus aspectos e registros.

Pondera que, caso este órgão de julgamento fiscal entenda o procedimento acima como lançamento compensatório e não lançamento a crédito autorizado, somente estará onerando o contribuinte a efetuar pagamento de R\$73.048,74 para que depois peça a restituição do valor pago a maior na competência 05/13, no valor de R\$91.695,53, conforme consta da nova planilha elaborada pelo Fisco. Defende que tal postura afrontaria o princípio da legalidade estrita, assim como o princípio da economia processual, norteadores do ato administrativo propriamente dito.

Afirma que, em ocorrendo o contrário, ficará evidenciado o valor recolhido a mais no mês 07/13, de R\$19.328,58 (saldo devedor apurado de R\$73.048,74 menos o valor creditado de R\$92.377,32), que, igualmente, poderá ser objeto de pedido de restituição em momento oportuno.

In fine, reitera todos os termos da peça defensiva e pugna pelo provimento parcial do presente Auto de Infração, segundo cálculos pertinentes, por ser questão de justiça.

Em Segunda Informação Fiscal prestada às fls. 87/89, a Autuante apresentou algumas observações com relação à compensação requerida, por julgar serem pertinentes e necessárias.

Esclarece que não se trata de decisão pessoal não fazer a compensação pretendida e que acredita ser o pedido de restituição, o caminho mais adequado, pedido este que tem o rito próprio previsto no Capítulo II do RPAF, nos Arts. 73 e seguintes, sendo o Art. 79 quem determina a competência para autorizar a restituição.

Registra, ainda, que, valores à parte, no exercício da atividade plenamente vinculada de Auditor Fiscal, não dispõe de liberdade para cobrar ou deixar de cobrar o tributo, fazer ou deixar de fazer o lançamento tributário. Que o ato administrativo vinculado à administração pública deve ser concretizado exatamente como determina a lei e que, portanto, está obrigada a agir em conformidade com as normas jurídicas, às quais está submetida.

Consigna que, para salvaguardar os direitos do Estado da Bahia, ciente de que a compensação pode vir a ser objeto de pedido futuro de restituição, e, ainda, que o fato de não haver registro do pleito pode resultar em “deferimento” do pedido de restituição pela análise apenas do período em que o recolhimento a maior ocorreu, não pode fazer a compensação, principalmente por não haver um único dispositivo legal que autorize o Auditor Fiscal a fazê-lo.

Aduz que o contribuinte pode corrigir o equívoco no próprio mês ou no mês subsequente, e que fora desse prazo só se for autorizado pela autoridade competente na forma prevista no RICMS, ou, ainda, pode pedir restituição na forma do RPAF. Salienta que os direitos do contribuinte estão preservados, não na forma como entender ou na forma mais conveniente, mas na forma legalmente prevista.

Declara que, tanto é assim, que o Art. 314, II do RICMS, o qual transcreve, previa, à época do recolhimento efetuado a maior, que a escrituração do crédito fiscal seria efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios, no período em que se verificasse ou configurasse o direito à utilização do crédito.

Menciona que o recolhimento a maior ocorreu no dia 09/06/2013, relativamente à apuração do período Maio/2013 e que, nesse caso, não se tratando de entrada de mercadoria, aquisição da propriedade da mercadoria ou aquisição de serviço de transporte e sim do recolhimento a maior decorrente da apuração equivocada, valia a regra do inciso II, ou seja, período em que se verificou o direito à utilização do crédito. Portanto, a escrituração deveria ter sido efetuada no período Junho/2013.

Aduz que, ainda que a defesa tivesse arguido o princípio da retroatividade benigna da nova redação do Art. 315 do RICMS/BA, cujos efeitos ocorreram a partir de 01/08/13, e que estendeu o prazo de escrituração para o período subsequente ao que se verificasse o direito à utilização do crédito, ainda assim, a escrituração só foi efetuada no segundo mês subsequente ao que se verificou o direito à utilização do crédito, isto é, Julho/2013, fato que remete o caso à regra contida no Art. 315 do RICMS, o qual estabelece que a escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o Art. 314 depende de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

Conclui que não tendo sido feita qualquer comunicação à repartição fazendária da circunscrição da Autuada, não houve, por consequência, a necessária autorização da autoridade competente e que, portanto, a Autuada não está amparada pelo argumento em que se baseia para pleitear a compensação dos valores devidos e cobrados no Auto de Infração em análise (já reconhecidos na DEFESA) com valores recolhidos a maior em período anterior.

VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$2.876.015,07 (dois milhões, oitocentos e setenta e seis mil, quinze reais e sete centavos), e é composto de 01 (uma) imputação fiscal

conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na fase de defesa, o contribuinte reconheceu parcialmente a acusação fiscal e efetuou o pagamento parcial do crédito exigido, no valor principal de R\$43.350,16, remanescendo em discussão o valor residual da imputação acima referenciada.

Preliminarmente, a Autuada suscitou a nulidade do Lançamento, alegando cerceamento do direito de defesa, vício de legalidade e ausência de motivação.

Não acolho as preliminares de nulidade apresentadas na Impugnação, pois entendo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram determinados, com segurança, a infração e o infrator, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Os demonstrativos que embasaram o lançamento estão apensados às fls. 08/10, e contidos na mídia de CD inserida às fls. 12, detalham a metodologia aplicada para apuração do valor exigido. Documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência da autuação.

Nestes Demonstrativos, restou evidenciado que a autuação se deu em razão do Contribuinte ter cometido erros na apuração dos valores do ICMS, regime normal, em virtude do benefício DESENVOLVE, e por via de consequência, recolhido imposto a menor, caracterizando a existência de motivação necessária para a efetuação do Lançamento de Ofício pelo Autuante.

Ademais, saliento que eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação, não acarretam nulidade desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto que o Sujeito Passivo produziu duas Peças Defensivas acostadas ao processo, nas quais abordou questões de mérito, sem esbarrar em obstáculos que pudessem impedi-lo de desenvolver sua tese defensiva, tendo inclusive apontado situações, que em boa medida foram consideradas pela Autuante, implicando em redução do valor originalmente lançado, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao argumento defensivo da existência de nulidade por suposto vício de legalidade, sob a alegação de que a Autoridade fiscal negou a aplicação do benefício considerando todas as Resoluções que fazem parte do patrimônio jurídico da Empresa, verifico que não procede, vez que a Autuante declara, em sede de Informação Fiscal (fls. 72), ter acatado a “... tese da vigência simultânea das duas Resoluções ...”, e refeito novos demonstrativos para apuração do valor devido, acostando-os às fls. 73 a 75.

Ressalto também, que ainda na fase de Impugnação, procedeu o contribuinte ao reconhecimento de parte da acusação fiscal que entendeu procedente e efetuou ao pagamento da mesma com as reduções legais, não havendo, portanto, que se falar em nulidades neste processo, considerando ainda que o ato de reconhecimento de valores devidos e pagos pelo contribuinte, tornam essa postulação desenganadamente preclusa e incompatível com os atos por ele praticados.

Quanto ao mérito, registro que a apuração do crédito exigido se deu à luz dos ditames contidos na Instrução Normativa nº 27/09, e que a Autuante acertadamente acatou em parte as razões de defesa apresentadas pela Defendente, remanescendo a discussão da lide apenas em relação ao valor exigido na competência Julho/2013, em virtude da não aceitação pela Autoridade Fiscal da compensação levada a efeito pelo Sujeito Passivo, neste mês, do ICMS recolhido a maior referente à Maio/2013, no valor de R\$92.377,32, como apontado no demonstrativo de fls. 37, contido na peça impugnatória (fls. 25/64), conforme declara a Autuada em sua Manifestação de fls. 82/84. Passo então a julgar esta matéria conforme as razões abaixo explicitadas.

Segundo a regra vigente na data da ocorrência do fato (recolhimento de ICMS a maior), qual seja 10/06/2013 (ICMS da competência Maio/2013), os artigos 309, IX; 314, II e 315 do RICMS-BA (Decreto nº 13.780/2012), estabeleciam que constituía crédito fiscal o imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais, devendo tal crédito ser escriturado no período em que se verificasse ou se configurasse o direito à utilização do mesmo. E que, na hipótese de a escrituração do crédito ocorrer fora dos mencionados períodos, o fato deveria ser comunicado à repartição fiscal do domicílio do contribuinte.

“RICMS-BA - Decreto nº 13.780/2012

(...)

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

IX - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante escrituração, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro;

(...)

Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

(...)

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.”.

(...)

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 deverá ser comunicada à repartição fiscal do domicílio do contribuinte, observando-se o seguinte:

I - quando a entrada da mercadoria não tiver sido registrada, a utilização do crédito fiscal ocorrerá concomitantemente com a escrituração no livro Registro de Entrada;

II - quando as mercadorias ou os serviços prestados tenham sido registrados no livro Registro de Entrada, regista-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”.

Parágrafo único. A causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna “Observações” do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna “Observações” do Registro de Apuração do ICMS.”.

(...)

Nesse diapasão, após exame dos elementos que compõem o presente PAF e pesquisa levada a efeito nos Sistemas Informatizados da SEFAZ/BA, particularmente no Sistema INC – Informações do Contribuinte, ao constatar: (i) que o recolhimento do ICMS referente ao período Maio/2013 ocorreu em 10/06/2013; (ii) que, conforme declara o próprio Contribuinte em sede de Defesa (fls. 32 e 37), o ICMS pago a maior, no valor de R\$92.377,32, fora apropriado como “Outros Créditos” na competência Julho/2013, portanto, fora do prazo estabelecido pelo Art. 314, mencionado linhas acima; e (iii) a inexistência de comprovação nos autos de que a Autuada tenha comunicado à repartição fiscal do seu domicílio, a escrituração do crédito fora dos períodos estabelecidos pela legislação (Art. 314), em cumprimento à regra contida do Art. 315 do RICMS-BA (Decreto nº 13.780/2012), concluo que tal valor de R\$92.377,32, efetivamente não poderia ser considerado pela Fiscalização na apuração do valor exigido, referente à competência Julho/2013. Contudo, saliento que tal valor recolhido a maior, poderá ser recuperado mediante ritual próprio, previsto no CAPÍTULO II - DA RESTITUIÇÃO DE INDÉBITOS, nos artigos 73 a 83 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, acolhendo os valores de ICMS apurados conforme demonstrativos produzidos pela Autuante na fase de Informação Fiscal, e acostados ao PAF às fls. 73 a 75, cujo somatório perfaz um valor histórico de R\$116.401,02, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo Contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0006/15-6, lavrado contra **EMPRESA DE TERMOPLÁSTICOS DO NORDESTE ETENO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.401,02**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR