

**A. I. N°** - 206915.3011/16-3  
**AUTUADO** - SCHOENHERR & CIA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 23/01/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0195-03/18**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE ESTORNO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, ficou reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/09/2016, refere-se à exigência de R\$146.463,10 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de estorno de crédito fiscal relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de dezembro de 2015, e de março a junho de 2016.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte não estornou, proporcionalmente às suas vendas internas, os créditos fiscais de ICMS destacados nos documentos fiscais das operações interestaduais de compra de produtos do Convênio 100/97 (especialmente Semente de Milho, Herbicidas, Inseticidas, Fungicidas e Fertilizantes), cujas operações de vendas internas estão amparadas pelo benefício fiscal de isenção.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 101 a 118, alegando que é uma empresa idônea, de pequeno porte, porém de grandes princípios éticos e morais, que cumpre rigorosamente suas obrigações legais, principalmente, as tributárias.

Suscita a nulidade da autuação, alegando cerceamento de defesa e ausência de requisitos formais indispensáveis à validade do lançamento. Transcreve o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e alega que no auto de infração não consta descrição clara e precisa dos fatos considerados infrações, bem como não consta a devida menção aos dispositivos de lei que o fundamentam. Em momento algum se vislumbra a menção ao dispositivo legal infringido.

Ressalta que o apontamento legal do que seria o fundamento da presente infração apenas ocorre nos documentos de demonstrativo do débito cobrado e detalhamento das notas fiscais, onde é feita a menção superficial ao artigo 264, inciso XVIII, alínea “c” do RICMS-BA, o qual somente prescreve as situações de isenção nas saídas de mercadorias e sobre as possibilidades de manutenção de crédito fiscal relativos às entradas.

Afirma que o corpo do auto de infração somente faz referência à Lei 7.014/96 (arts. 45 e 45-B) no que diz respeito a redução das multas. Porém, em nenhuma passagem do auto de infração é possível identificar a indicação do dispositivo em que esteja tipificada a infração e a multa correspondente. Diz que a tabela demonstrativa do débito indica que a multa aplicada foi no percentual de 60% (sessenta por cento), porém não há o enquadramento legal que a fundamente.

Entende ser reluzente a ausência de tipicidade da presente autuação, não havendo enquadramento legal dos fatos à norma que caracterize vedação, infração, violação, etc. supostamente cometida

pela empresa impugnante. Alega que diante da nítida ausência dos requisitos mínimos necessários que deve conter o auto de infração, conforme disposto no artigo 39 da Lei 7.629/99 (RPAF-BA), deve ser reconhecida a existência de vícios formais e declarada a nulidade do presente auto de infração.

Ressalta que no auto de infração apenas consta que o valor total do débito soma o importe de R\$ 146.463,10 (cento e quarenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e três reais e dez centavos), sendo acompanhado por uma planilha de demonstrativo de débito contendo somente as informações referentes a: “período”, “saídas p/ Bahia”, saídas p/ outras UF”, “percentual das saídas internas”, “crédito lançado no REM” e “estorno devido”.

Afirma que na planilha apresentada consta o valor do estorno devido referente a cada período fiscalizado, no entanto o auto de infração é inconsistente no que diz respeito à metodologia de cálculo utilizada para chegar a tais valores, bem como o seu enquadramento legal. O autuante não explana com detalhes, de forma clara, cabal e com fundamento na lei quais os meios utilizados para chegar aos valores que supostamente devem ser estornados.

Destaca a necessidade de explanação da metodologia utilizada, afastando quaisquer dúvidas, para a aferição do valor de suposto crédito tributário, o que daria ao contribuinte condições para enfrentar todos os argumentos colacionados de modo justo e pleno.

Requer a declaração da nulidade do auto de infração, reafirmando que o seu direito de defesa foi violado. Diante a ausência de explanação acerca da metodologia utilizada e o respectivo enquadramento legal, supõe que o cálculo realizado pelo Fisco foi o da proporcionalidade, tomando por base as vendas internas (isentas) em relação às vendas totais dos produtos listados no Convênio 100/97 e, ao final, aplicando o percentual resultante sobre o valor dos créditos totais do mês referente a esses mesmos produtos.

Alega que a apuração do valor do estorno nesses moldes gera uma injustiça fiscal para o contribuinte, uma vez que os créditos apurados em determinado mês/período, não se referem, necessariamente, às aquisições das mercadorias vendidas nesse mesmo mês.

Considerando que não há uniformidade no mercado em relação às compras e vendas dos produtos durante os 12 (doze) meses do ano, e considerando que o giro de estoque médio da mercadoria é de 30 (trinta) dias, afirma que existe uma grande probabilidade de haver uma distorção no cálculo do estorno apurado, pois estaria utilizando a proporcionalidade entre a venda de mercadorias cujos créditos foram registrados fiscalmente em mês/período anterior.

Apresenta o entendimento de que a apuração do valor a ser estornado deve ocorrer da seguinte forma: constatada a venda com isenção fiscal (nos moldes do convênio 100/97) deve ser feita a identificação do documento fiscal que acompanhou a mercadoria quando da sua compra/entrada para se ter conhecimento do valor exato do crédito gerado e, assim, realizado o estorno do valor correto no mês em que ocorreu a venda do produto. Desse modo, a apuração do valor a ser estornado ocorreria de maneira justa, onde o montante do estorno corresponderia exatamente ao crédito que a mercadoria vendida gerou quando de sua compra.

Acrescenta que a fiscalização possui mecanismos e aparato tecnológico suficientes para realizar a apuração justa do valor do crédito obtido em relação a mercadoria vendida com isenção fiscal, sendo vedado, desse modo, a utilização de procedimentos que revelem um prejuízo/injustiça fiscal para o contribuinte.

Requer que seja determinada a realização de diligência fiscal no sentido de identificar os documentos fiscais de compras das mercadorias vendidas com isenção nos períodos fiscalizados, para extrair o valor real do crédito gerado e que seja apurado o valor correto correspondente a ser estornado.

Informa que adquiriu mercadorias tributadas com o benefício da redução da base de cálculo em outras unidades da federação, tendo registrado as notas fiscais em livros próprios e lançou o

crédito do ICMS, em razão de apurar o imposto pelo Regime Normal de Apuração, cumprindo estritamente a legislação pertinente, em especial o RICMS/BA.

Diz que em momento algum fora apontado qualquer descumprimento da lei no tocante a escrituração fiscal da empresa autuada, até mesmo porque o direito ao crédito fiscal é assegurado ao contribuinte em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS. Em relação às vendas (saídas de mercadorias), assegura que sua escrituração fiscal observou o que determina a legislação do ICMS, inclusive no tocante a isenção.

Nesse sentido, conforme já explicitado nas preliminares supracitadas, afirma que a presente fiscalização sequer aponta qual regramento legal foi infringido, fazendo uma suave menção apenas ao artigo 264, XVIII, alínea “c”, do RICMS-BA, o qual somente prescreve as situações de isenção nas saídas de mercadorias e sobre as possibilidades de manutenção de crédito fiscal relativos às entradas.

Acrescenta que a manutenção do crédito fiscal, objeto da presente atuação, atende as diretrizes do Convênio de ICMS Nº 100/97, o qual, em sua cláusula quinta, prevê a não exigência pelos Estados da anulação do crédito prevista nos incisos I e II do artigo 21, da Lei Complementar nº 87/96. Qualquer previsão normativa/legal estadual que contrarie as normas editadas sob a égide do CONFAZ, não possui arcabouço de validade capaz de justificar o presente auto de infração sob o fundamento de “falta de estorno dos créditos fiscais nas compras em outros estados de produtos do Convênio 100/97 (semente de milho, herbicida, inseticida e fertilizante), com operações internas isentas de ICMS”.

Caso seja ultrapassada a argumentação supra com a conclusão de que o creditamento de ICMS ocorreu de modo irregular, e considerados os valores de estorno mensal apontados pelo fisco, entende que há de consignar que é indevida a cobrança do imposto nos moldes lançados no auto de infração, uma vez que a empresa impugnante apresentava saldos credores de ICMS em todos os meses objeto da fiscalização, em montante superior ao exigido mensalmente.

Informa que os documentos fiscais apensados com a defesa, em especial os livros Registros de Apuração do ICMS (LRAICMS –P9) e os SPEDs fiscais (onde constam o saldo credor acumulado), é possível identificar a existência de saldo credor do imposto no período entre dezembro/2015 e junho/2016. Diz que a existência de saldo credor está reproduzida no quadro resumo confeccionado tomando por base os documentos fiscais apresentados, ressaltando que os meses de janeiro/2016 e fevereiro/2016 não foram objeto da presente fiscalização.

Afirma que o saldo credor acumulado nos livros fiscais do período fiscalizado soma o importe de R\$ 277.086,41 (duzentos e setenta e sete mil, oitenta e seis reais e quarenta e um centavos), ou seja, valor superior ao total exigido como não estornado de R\$ 146.463,10 (cento e quarenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e três reais e dez centavos).

Sendo evidente a existência de saldo credor de ICMS, entende que não houve a utilização dos valores lançados como “não estornados” pelo impugnante quando da apuração mensal de recolhimento de ICMS, já que mesmo abatendo o valor correspondente ao estorno apontado pelo Fisco a empresa defendente ainda permaneceria com saldo credor positivo. Diz que a conclusão lógica que se chega é a de que não havendo utilização do valor apontado como estorno de crédito fiscal e não havendo imposto a ser pago, não há que se falar, da mesma forma, na incidência de acréscimos moratórios e multas na forma do auto de infração, pois a Fazenda Estadual não foi prejudicada pelo estorno não realizado e, repita-se, a impugnante era credora do ente fazendário.

Pelo princípio da eventualidade, no caso de serem acatados na integralidade os valores apontados na fiscalização como sendo o estorno de créditos fiscais devidos em relação a cada mês apurado, entende que há necessidade de realização de diligência fiscal para elucidar a seguinte questão: averiguar os livros fiscais originais do contribuinte para confirmar se, de fato, existia saldo credor de imposto em todos os meses fiscalizados, em montante superior, mensalmente, aos valores objeto da autuação.

Diz ser inconteste a existência de saldo credor da empresa impugnante, sendo que tal fato não pode ser desconsiderado para a realização de cobrança de pagamento de tributos na forma apontada no auto de infração, com a incidência de encargos moratórios e juros, considerando que a empresa autuada provou que possuía saldo credor em sua escrita, no período autuado, por isso, entende que deve ser deduzido, do débito apurado, os eventuais saldos credores existentes na escrita fiscal da impugnante.

No caso de se observar o descumprimento da obrigação principal (o que dificilmente acredita) deve ser apurado o valor exato devido, confrontando os valores existentes a título de saldo credor e o estorno lançado, com a finalidade de se cobrar realmente o valor devido pelo contribuinte e evitando que o mesmo seja lesado perante a justiça fiscal.

Em contrapartida, observado que os fatos não importem em descumprimento de obrigação principal, a legislação prevê apenas multa equivalente a 60% do crédito fiscal que deixou de ser estornado (Art. 42, VII, da Lei 7.014/96), não havendo respaldo para a exigência conjunta de imposto e multa.

Após a indispensável reformulação de apuração do ICMS, pelo Regime Normal de Apuração, confrontando os saldos credores existentes na escrita fiscal do contribuinte, acaso reste consignado que em alguns dos meses fiscalizados houve o descumprimento da obrigação principal e que em outros meses apenas fora constatado o creditamento indevido (descumprimento de obrigação acessória), afirma que a exação fiscal deve se restringir tão somente à obrigação principal.

Havendo a concomitância de infrações (obrigação principal e acessória), onde uma absorve a outra, afirma que é vedada a imposição de penalidade em caráter dúplice. Cita acórdão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF nº 0304-12/15), ressaltando que em casos tais não deve ser aplicada a regra do artigo 157 do RPAF/99.

O impugnante contesta o valor elevado das multas que compõem os cálculos atualizados dos débitos da autuação, multa prevista de 60% do valor do imposto devido. Afirma que de acordo com a jurisprudência pátria, em especial o Supremo Tribunal Federal, os entes estatais não podem utilizar a especial prerrogativa de que dispõem em matéria tributária para exigirem prestações pecuniárias de valor exorbitante que aniquilem o patrimônio dos contribuintes.

O valor da multa tributária deve ser o suficiente apenas para produzir os efeitos intimidativo e repressivo contra o comportamento ilícito, respeitadas as garantias constitucionais à propriedade dos contribuintes apenados, contra o uso de tributo com efeito de confisco.

Conclui que no presente caso, o resultado das multas aplicadas, não visam tão somente o desestímulo de práticas omissivas por parte do contribuinte, vai além, atinge gravemente o seu patrimônio. A doutrina e a jurisprudência consideram a multa como sendo confiscatória e ameaçadora da propriedade do Contribuinte, sempre que seu valor for propositadamente alto.

Por fim, o defendente reitera a preliminar de nulidade; pede a improcedência total do presente auto de infração, reafirmando que o registro de crédito fiscal, ocorreu de acordo com os ditames da legislação, em especial no RICMS-BA e Convênio de ICMS 100/97, atendido o princípio da não-cumulatividade do ICMS e o Regime de Apuração Mensal.

Em caso de não ser declarada a improcedência do auto de infração, pede que seja determinada a realização de diligência fiscal. Eventualmente, no caso de constatação de descumprimento da obrigação principal em alguns meses fiscalizados e em outros meses apenas o descumprimento da obrigação acessória, requer que a exação fiscal de restrinja à obrigação principal, em decorrência do fenômeno da consunção, devendo ser afastada a cobrança de imposto e qualquer penalidade referente à obrigação acessória.

No caso de ser julgada procedente a cobrança de imposto, requer que os valores devidos apurados sejam compensados com o crédito de ICMS existente em favor da empresa contribuinte, nos moldes da legislação pertinente.

Que seja declarada a abusividade da multa estipulada, reconhecido o caráter confiscatório e o julgador reduzi-la em patamares condizentes com os princípios constitucionais.

Requer, ainda, que o procurador da empresa peticionante seja intimado, no endereço indicado no intróito da defesa, de todos os atos oriundos do presente processo administrativo, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal às fls. 151 a 156 dos autos. Reproduz os termos da acusação fiscal e esclarece que para embasar tal infração, foram anexados ao Auto de Infração:

a) Planilha Demonstrativo do Estorno Proporcional Devido, dos Créditos Por Entradas Interestaduais dos Produtos Elencados no Conv. 100/97, Com Saídas Internas (Isentas) e Interestaduais (fls. 07) - cujos dados referem-se aos valores mensais, em Reais, das Saídas dos Produtos do Convênio 100/97 para contribuintes localizados no Estado da Bahia e contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação, encontrando, então, a Proporção das Saídas Internas sobre o Total das Saídas, a qual será aplicada sobre o Crédito de ICMS referente às compras dos referidos produtos, lançado no livro Registro de Entradas de Mercadorias – REM, resultando no valor em Reais do Crédito de ICMS lançado a ser Estornado. Cópia entregue ao Contribuinte;

b) Planilhas Notas Recebidas de Compra de Mercadorias Isentas (Operações Internas), com Lançamento de Crédito Fiscal no Livro Registro de Entradas, não Estornado no Livro RAICMS (fls. 08 e das fls. 12 às fls. 14), com dados referentes à Chave de Acesso, Número, Data de Emissão e Status das Notas Fiscais Eletrônicas, CNPJ, Inscrição Estadual e UF dos emitentes, CFOP, Produto relacionado no Convênio 100/97, Valor, ICMS e Base de Cálculo do ICMS, Valor do Crédito Indevido e Página do livro Registro de Entradas onde foi efetuado o lançamento. Cópia entregue ao Contribuinte;

c) Relatórios do SPED Fiscal - Registros Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços e dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS Operações Próprias - referentes aos períodos de dezembro de 2015 (fls. 09 às 11), março, abril, maio e junho de 2016 (fls. 15 às fls. 32), onde estão lançadas as Notas Fiscais Eletrônicas de aquisição, em outras Unidades da Federação, dos produtos do Convênio 100/97, com os respectivos Créditos do ICMS na sua totalidade;

d) Planilhas Notas Emitidas em Operações de Venda ou Transferência de Produtos do Convênio 100/97 para Contribuintes Baianos ou de Outra UF (fls. 33 às fls. 95), com dados das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pelo contribuinte, com a sua Chave de Acesso, Número, Data de Emissão, Valor, ICMS, Base de Cálculo do ICMS, Status e o Produto. Cópia entregue ao Contribuinte.

Diz que no presente auto de infração não há que se falar em enquadramento legal incompleto da autuação fiscal e das penalidades impostas, como reclama o contribuinte, pois à fl. 01. Após a descrição detalhada da infração foi constatado que o contribuinte não estornou, proporcionalmente às suas vendas internas, os Créditos Fiscais do ICMS destacados nos documentos fiscais das operações interestaduais de compra de produtos do Convênio 100/97 (especialmente Semente de Milho, Herbicidas, Inseticidas, Fungicidas e Fertilizantes), cujas operações de vendas internas estão amparadas pelo benefício fiscal da isenção.

Informa que relacionou a data de ocorrência do fato gerador, data de vencimento, base de cálculo, alíquota, multa e valor histórico do ICMS, apontando, a seguir, o enquadramento legal da infração imputada – o art. 30, inciso I da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 312, inciso I do RICMS-BA, e o dispositivo legal da Lei nº 7.014/96 que determina o percentual da Multa Aplicada – art. 42, inciso VII, alínea “b”. Ainda à fl. 03, o Demonstrativo de Débito detalha todo o Débito lançado e cobrado, por período, com valores em Reais do Acréscimo Moratório e da Multa, inclusive, com os valores sujeitos à redução.

Quanto à metodologia de cálculo aplicada para se chegar ao montante do Estorno de Crédito exigido, também reclamado pelo contribuinte, diz que não poderia ter sido mais analítico e claro

do que o que está explicitado pelas planilhas e documentos anexados ao presente auto de infração. Diz que a metodologia adotada foi perfeitamente deduzida pelo contribuinte na sua peça de defesa, à fl. 106.

Entende ser inexplicável o questionamento do contribuinte em relação à metodologia de cálculo dos valores dos créditos fiscais a serem estornados. A argumentação do contribuinte de que o seu giro de estoque não ocorre dentro do prazo de trinta dias, e que, portanto, estornar um crédito fiscal dentro deste período lhe causaria prejuízo, pois o produto ainda estaria em seu estoque, não tem fundamento nem amparo legal, porque os valores do crédito fiscal remanescente dos produtos que porventura ainda não foram vendidos dentro do prazo de trinta dias, também ainda estão lançados no seu conta corrente, à disposição do contribuinte, para serem utilizados quando de fato ocorrerem as vendas dos referidos produtos, independente da data que tal fato ocorrer. Portanto, se, dentro do prazo de trinta dias, não houve saídas dos referidos produtos para contribuintes localizados no Estado da Bahia (operação isenta), não há que se falar em estorno do crédito fiscal lançado no livro Registro de Entradas.

Informa que no presente auto de infração não foi levantada qualquer infração em relação aos lançamentos fiscais do contribuinte que dizem respeito ao seu livro Registro de Entradas (não se discute a legalidade dos seus créditos fiscais lançados oriundos de suas aquisições), nem mesmo no que diz respeito ao seu livro Registro de Saídas (não se discute a legalidade dos seus lançamentos pelas operações de saídas de produtos, sejam elas tributadas, isentas ou com redução da base de cálculo). Apenas foi objeto do lançamento de ofício, a falta de estorno proporcional no seu SPED/Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias, de Créditos Fiscais lançados em seu livro REM em operações interestaduais de compra de Produtos relacionados no Convênio 100/97, cujas saídas para contribuintes baianos ocorreram com o benefício da isenção.

Quanto ao saldo credor apontado pelo contribuinte (quadro às fls. 109 e 110), diz que se deve verificar que tal saldo foi construído com os créditos fiscais referentes às compras em outras unidades da Federação de Herbicidas, Fungicidas, Sementes, Fertilizantes, Formicidas, entre outros Produtos relacionados no Convênio 100/97, lançados no seu livro Registro de Entradas e não estornados no seu livro RAICMS. No entanto, ao considerar os demais créditos fiscais do contribuinte para o período levantado (de dezembro de 2015 a junho de 2016), não oriundos dos produtos do Convênio 100/97, que foram vendidos em operações internas (operações isentas), tem-se a situação fiscal detalhada às fls. 155/156:

Dezembro/2015.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$9.925,24 - Estorno Devido de R\$8.799,73 = R\$1.125,51 + R\$296,47 (Saldo do Mês Anterior) = R\$1.421,98 – R\$1.134,39 (Débito por Saídas) = R\$287,59 como Saldo Credor;

Janeiro/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$1.552,93 + R\$287,59 (Saldo do Mês Anterior) = R\$1.840,52 – R\$9.697,29 (Débito por Saídas) = R\$7.856,77 como Saldo Devedor;

Fevereiro/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$1.361,33 – R\$549,65 (Débito por Saídas) = R\$811,68 como Saldo Credor;

Março/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$29.801,74 - Estorno Devido de R\$10.589,16 = R\$19.212,58 + R\$811,68 (Saldo do Mês Anterior) = R\$20.024,26 – R\$12.887,77 (Débito por Saídas) = R\$7.136,49 como Saldo Credor;

Abril/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$139.227,47 - Estorno Devido de R\$73.480,60 = R\$65.746,87 + R\$7.136,49 (Saldo do Mês Anterior) = R\$72.883,36 – R\$80.733,20 (Débito por Saídas) = R\$7.849,84 como Saldo Devedor;

Maio/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$57.266,23 - Estorno Devido de R\$35.552,75 = R\$21.713,48 – R\$54.152,09 (Débito por Saídas) = R\$32.438,61 como Saldo Devedor;

Junho/2016.

Crédito por Entradas Lançado no REM de R\$26.086,53 - Estorno Devido de R\$18.040,86 = R\$8.045,67 – R\$17.210,57 (Débito por Saídas) = R\$9.164,90 como Saldo Devedor.

Informa que após levantado o conta corrente, como requer o contribuinte, considerando os seus créditos fiscais devidos, para o período Dezembro/2015 a Junho/2016, tem-se o seguinte Demonstrativo de Débito, abaixo resumido:

Dezembro/2015 – Saldo Credor no valor de R\$287,59 (duzentos e oitenta e sete reais e cinquenta e nove centavos);

Janeiro/2016 – Saldo Devedor no valor de R\$7.856,77 (sete mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos);

Fevereiro/2016 – Saldo Credor no valor de R\$811,68 (oitocentos e onze reais e sessenta e oito centavos);

Março/2016 – Saldo Credor no valor de R\$7.136,49 (sete mil, cento e trinta e seis reais e quarenta e nove centavos);

Abril/2016 – Saldo Devedor no valor de R\$7.849,84 (sete mil, oitocentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos);

Maio/2016 – Saldo Devedor no valor de R\$32.438,61 (trinta e dois mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e um centavos);

Junho/2016 – Saldo Devedor no valor de R\$9.164,90 (nove mil, cento e sessenta e quatro reais e noventa centavos).

Considerando os Créditos Fiscais devidos, para o período Dezembro/2015 a Junho/2016, regularmente lançados pelo contribuinte na sua escrituração fiscal, o seu SPED Fiscal, com o refazimento do seu conta corrente, como requer o contribuinte na sua peça de defesa, após o Estorno dos Créditos de ICMS oriundos das suas operações de compra interestaduais de Produtos relacionados no Convênio 100/97 (Herbicidas, Fungicidas, Inseticidas, Sementes e Fertilizantes), que foram vendidos internamente para contribuintes baianos (operações isentas), tem-se o seguinte Demonstrativo de Débito:

Janeiro de 2016 – R\$7.856,77 (sete mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos);

Abril de 2016 – R\$7.849,84 (sete mil, oitocentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos);

Maio de 2016 – R\$32.438,61 (trinta e dois mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e um centavos);

Junho de 2016 – R\$9.164,90 (nove mil, cento e sessenta e quatro reais e noventa centavos).

Pelo que acima foi exposto e pelo novo Demonstrativo de Débito também apresentado, após ciência ao contribuinte, requer seja julgado parcialmente procedente o presente Auto de Infração, na sua forma final.

À fl. 159 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que fosse expedida intimação ao autuado com a entrega de cópia da informação prestada pelo autuante às fls. 151 a 156, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, sendo indispensável a indicação do prazo de dez dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, foi expedida a intimação de fl. 162 com a indicação do prazo para o defendente apresentar manifestação. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou nos autos.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que não consta a descrição clara e precisa dos fatos considerados infrações, bem como não consta a devida menção aos dispositivos de lei que o fundamentam, ou seja, ausência de requisitos formais indispensáveis à validade do lançamento. Também alegou ausência de explanação acerca da metodologia utilizada e o respectivo enquadramento legal.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que o texto e dispositivos legais constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de estorno de ICMS creditado, e de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, foi efetuada Auditoria de Crédito Fiscal, apurando os valores do estorno devido nos meses de dezembro de 2015, março, abril, maio e junho de 2016.

Vale ressaltar, que se houvesse erro na indicação de dispositivos da legislação tributária, o que no presente processo não foi constatado, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF-BA/99, considerando que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade em caso de erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Portanto, tratando-se de débitos de imposto relativos a valores de estornos que deveriam ser escriturados pelo contribuinte em seus livros fiscais, certamente tem, o defendente, a plena condição de identificar a que operações se referem tais estornos que não realizou, pelo que não procede o pedido do sujeito passivo no sentido de que o Fisco identifique a que operações se referem os estornos exigidos pela fiscalização.

Entendo que deve ser superada a alegação defensiva e não se decretar a nulidade da autuação, haja vista que não foi constatado qualquer prejuízo à defesa. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, ficando rejeitado o pedido de nulidade.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido 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. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da falta de estorno de crédito fiscal relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de dezembro de 2015, e de março a junho de 2016.

Conforme art. 30, inciso I da Lei 7.014/96 e art. 312, I do RICMS-BA/2012, o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, for objeto de saída ou prestação

de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

Vale salientar que em relação ao direito de escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais.

O contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, em especial o art. 309 do RICMS-BA/2012, e arts. 28 a 31 da Lei 7.014/96, e o levantamento fiscal foi efetuado de acordo com os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, estabelecidos nos dispositivos da legislação anteriormente mencionados. Neste caso, não é acatada a metodologia de cálculo do estorno alegada pelo defendente, haja vista que não há possibilidade de o contribuinte adotar forma própria de apuração do imposto.

Entendo que a simples escrituração do crédito fiscal que a empresa não tinha direito configura utilização indevida, mesmo que possua direito à restituição de outros valores correspondentes a indébitos. Na situação presente, ficou comprovado que houve utilização do crédito fiscal no período fiscalizado, ou seja, a empresa apropriou na sua conta corrente fiscal, créditos de ICMS não permitidos pela legislação do imposto, mas dispunha de saldo credor, em alguns meses, em valor superior ao que foi exigido, no período fiscalizado.

Ao prestar informação fiscal, o autuante refez os cálculos, considerando os créditos fiscais alegados pelo defendente, tendo informado que após computar os Créditos Fiscais para o período Dezembro/2015 a Junho/2016, regularmente lançados pelo contribuinte na sua escrituração fiscal, o seu SPED Fiscal, e com o refazimento do seu conta corrente, como requer o contribuinte na sua peça de defesa, após o Estorno dos Créditos de ICMS oriundos das suas operações de compra interestaduais de produtos relacionados no Convênio 100/97 (Herbicidas, Fungicidas, Inseticidas, Sementes e Fertilizantes), que foram vendidos internamente para contribuintes baianos (operações isentas), tem-se o seguinte Demonstrativo de Débito:

Janeiro de 2016 – R\$7.856,77 (sete mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos);

Abril de 2016 – R\$7.849,84 (sete mil, oitocentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos);

Mai de 2016 – R\$32.438,61 (trinta e dois mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e um centavos);

Junho de 2016 – R\$9.164,90 (nove mil, cento e sessenta e quatro reais e noventa centavos).

Observo que no novo demonstrativo de débito houve apuração de imposto relativo ao mês de janeiro de 2016, que não constava no lançamento originalmente efetuado. Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores ou incluir débitos relativos a períodos que originalmente não foram lançados no Auto de Infração, neste caso, devem ser mantidas as parcelas referentes aos meses de abril, maio e junho de 2016, podendo ser renovado o procedimento fiscal para exigência do imposto relativo ao mês de janeiro/2016, podendo o contribuinte recolher espontaneamente, antes do procedimento fiscal.

Concluo que na situação presente, de acordo com o levantamento efetuado na informação fiscal, ficou comprovado que o montante do crédito fiscal escriturado não implicou falta de recolhimento de ICMS, apenas em relação aos meses de dezembro de 2015 e março de 2016, ficando afastada a exigência do imposto, quanto aos mencionados meses. Mantida a exigência fiscal sobre os meses de abril, maio e junho de 2016, conforme quadro abaixo, elaborado com base na informação fiscal, concluindo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$49.453,35.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
30/04/2016	09/05/2016	7.849,84
31/05/2016	09/06/2016	32.438,61
30/06/2016	09/07/2016	9.164,90
<b>TOTAL</b>		<b>49.453,35</b>

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206915.3011/16-3**, lavrado contra **SCHOENHERR & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.453,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2018

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA