

**PROCESSO** - A. I. Nº 281394.3004/16-4  
**RECORRENTE** - CASA DO ADUBO S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0106-01/17  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 12/07/2019

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0133-12/19

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Alegação defensiva de que as mercadorias arroladas no levantamento levado a efeito pela Fiscalização não estão sujeitas ao regime de substituição tributária restou parcialmente comprovada. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou parte da alegação defensiva e excluiu os valores atinentes a mercadorias que, efetivamente, não estão sob o referido regime de tributação, o que reduziu o valor do débito. Não trouxe a recorrente em sede recursal novas provas para afastar integralmente a infração, sendo mantido a exigência de valores de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Mantida a Decisão recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO, NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. Baixado em diligência para verificar se as operações do fornecedor da recorrente, originárias do Estado do Espírito Santo, foram de fato submetidas à tributação normal e se subsiste diferença a ser exigida, caso seja conferido a recorrente o direito ao crédito efetivo destacado nos documentos fiscais. A diligência constata que os remetentes das mercadorias objeto da infração, não possuem nenhum benefício tributário, refazendo os cálculos sem a glosa de crédito. Reduzida a infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra o Auto de Infração que julgou Procedente em Parte, lavrado em 29/09/2016, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$73.979,64, em decorrência do cometimento das seguintes infrações objeto do presente Recurso Voluntário:

*1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição, nos meses de janeiro a julho, agosto a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$652,24, acrescido da multa de 60%;*

*4. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.880,83, acrescido da multa de 60%;*

Por unanimidade, os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar Procedente em Parte o Auto de Infração n.º 281394.3004/16-4, reduzindo a exigem para R\$30.466,99, conforme voto abaixo transcrito:

“VOTO

*Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que todas as condutas infracionais foram objeto de impugnação.*

*De início, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, por ocorrência de defeito de fundamentação do lançamento, em razão do evidente prejuízo ao exercício do seu direito de ampla defesa constitucionalmente assegurado. Alega o impugnante que o Auto de Infração restringiu-se a mencionar, de forma esparsa e sem detalhes, o efetivo teor das cinco infrações. Diz que cada infração é mencionada brevemente em descrições que não superam três linhas e cita os dispositivos legais que embasaram a autuação.*

*Não há como prosperar a pretensão defensiva. Verifica-se que as cinco infrações foram claramente descritas no Auto de Infração, sendo possível identificar-se o fato gerador, a base de cálculo, o sujeito passivo, o montante do crédito tributário exigido em cada infração, o período de ocorrência dos fatos. Vale observar que, ainda que houvesse alguma falha no enquadramento das infrações, esta seria suprimida pela descrição clara dos fatos imputados como infracionais (art. 19 do RPAF/BA/99).*

*No tocante à infração 3, especialmente destacada pelo impugnante, de fato, a alegação de que não lhe fora entregue pelo autuante a integralidade da planilha que a instruiu, nem em sua via física, nem mesmo na mídia digital, poderia implicar em nulidade do lançamento. Digo poderia, haja vista que se trata de uma falha passível de saneamento mediante a conversão do feito em diligência a Repartição Fazendária de origem, a fim de que fosse entregue a totalidade da planilha ao autuado, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias. Caso não fosse possível fazer-se a entrega da planilha ao autuado, aí sim estaria caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório e, por consequência, a nulidade do lançamento.*

*Ocorre que, conforme será visto na análise de mérito, a diligência se torna desnecessária em razão do reconhecimento pelo próprio autuante da insubsistência deste item da autuação.*

*Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas.*

*Quanto ao pedido formulado pelo impugnante para realização de perícia, não vislumbro a necessidade, no presente caso, de participação de perito para deslinde da questão. As matérias tratadas no Auto de Infração em lide são de pleno conhecimento e domínio dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, razão pelo qual indefiro o pedido com fulcro no art. 147, II, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.*

*No mérito, relativamente à infração 1, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.*

*As mercadorias arroladas neste item da autuação, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante acostado às fls. 12/13 dos autos, são as seguintes: VASSOURA TP GARY PETY 40CM; - LIXA FERR ON.100;530576 MANGUEIRA 5/16X140MM P/P JH 20L; TUBO POLIETILENO 7/16 50MT; AMINOMIX PET 100GR; AMINOMIX PET 500GR ; TUBO POLIETILENO RED.9/18 50MT; TUBO POLIETILENO 7/16 50MT; ARMADILHA ADESIVA 30X20P/RATOS; RODA C/PNEU CAMARA 3.25X3; MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO 10M-79172/100; MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO 15M-79172/150; MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO 20M-79172/200; MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO 30M-79172/300; KIT REPARO P/PISCINA MOR - 1488; MANGOTE KANAFLEX KP-100 4; ABRAÇADEIRA NYLON 536X13 7MM TRANSPARENTE; ABRAÇADEIRA NYLON 202X3 7MM NATURAL.*

*O impugnante alega que a autuação incluiu mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante o Anexo I do RICMS/BA/12. Alega, ainda, que mesmo se as mercadorias estivessem relacionadas no Anexo I, descabe a glosa do crédito fiscal, pois todas as mercadorias listadas pelo autuante saíram com débito do imposto.*

*O autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva atinente às mercadorias ARMADILHA ADESIVA 30X20 P/RATOS e RODA C/PNEU CAMARA 3.25X8..*

*Manteve a exigência quanto ao produto MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO 30M -79172/300 por estar sujeita ao regime de substituição tributária, classificado na posição NCM 39234000 - Artigos de transporte ou de embalagem, de plásticos; rolhas, tampas, cápsulas e outros dispositivos para fechar recipientes, de plásticos. Afirma que a NCM correta do produto é NCM 39173900 - Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos.*

*Manteve ainda a exigência quanto ao produto TUBO POLIETILENO RED. 9/16 50MT está classificado na posição NCM 85469000 - Isoladores de qualquer matéria, para usos elétricos. A NCM correta do produto é NCM 39173900 - Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos. Portanto, está na substituição tributária;*

*Manteve também a exigência quantos aos demais produtos arrolados na autuação por entender que relacionados no Anexo I do RICMS/BA/12.*

*O autuado ao ser cientificado da Informação Fiscal se manifestou, dizendo que o autuante limitou-se a mencionar que os produtos listados estariam definidos no Anexo I do RICMS/12, destacando os produtos*

*MANGUEIRA JARDIM COJUNTO 30 M – 79172/300 e TUBO POLIETILENO RED. 9/16 50 MT, os quais estariam com a classificação NCM inadequada.*

*Quanto a NCM do produto MANGUEIRA JARDIM COJUNTO 30 M – 79172/300, produto código 22656, diz que não está na descrição da NCM 3917.39.00, ao contrário do que afirmou o autuante.*

*Quanto a NCM do produto TUBO POLIETILENO RED. 9/16 50 MT, produto código 14439, a NCM informada pelo fornecedor na Nota Fiscal de entrada do produto não coincide com a classificação decorrente da interpretação do autuante.*

*Reitera que os referidos produtos não foram adquiridos com Substituição Tributária, ou seja, todos os produtos saíram com débito de ICMS e não foram desonerados de tributação nas operações internas subsequentes.*

*Alega que mesmo que se tratasse de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não se aproveitou de crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, com operação de saída subsequente não tributada, contrariamente, as saídas foram tributadas, sem aplicação do regime de substituição tributária.*

*A análise da acusação fiscal, bem como das razões defensivas e da contestação do autuante na Informação Fiscal, permite concluir que, na realidade, esta infração comporta duas questões.*

*A primeira é identificar se, de fato, as referidas mercadorias estão sob o regime de substituição tributária - conforme a acusação fiscal -, ou se não estão sob o referido regime - conforme sustenta o impugnante. A segunda diz respeito à alegação defensiva de que, os produtos arrolados na autuação não foram adquiridos com substituição tributária, ou seja, todos saíram com débito de ICMS e não foram desonerados de tributação nas operações internas subsequentes.*

*No que tange à primeira questão, a análise da descrição dos produtos e seus respectivos códigos NCM em confronto com o Anexo I da Lei nº 7.014/96 permite concluir o seguinte:*

*- VASSOURA TP GARY PETY 40CM - trata-se de mercadoria com código NCM 9603.9, portanto, relacionada no Anexo I, estando, desse modo, sujeita ao regime de substituição tributária, devendo ser mantida a exigência fiscal;*

*- LIXA FERR ON.100;530576 – trata-se de mercadoria com código NCM 6805, portanto, não constante do Anexo I, cabendo a exclusão do valor exigido;*

*- MANGUEIRA JARDIM CONJUNTO - assiste razão ao impugnante. Efetivamente, todas as MANGUEIRAS JARDIM CONJUNTO arroladas na autuação não estão relacionadas no Anexo I, haja vista que não se encontram descritas no código NCM 3917.39.00, cabendo a exclusão dos valores exigidos quanto a todas as . MANGUEIRAS JARDIM CONJUNTO;*

*- TUBO POLIETILENO 7/16 50MT – assiste razão ao autuante. De fato, a mercadoria TUBO POLIETILENO está classificada na posição NCM 39173900 - Tubos e seus acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plásticos, portanto, sob o regime de substituição tributária, devendo ser mantida a exigência fiscal;*

*- AMINOMIX PET - assiste razão ao autuante. Trata-se de produto com código NCM 2309, portanto, constante do Anexo I, devendo ser mantida na exigência fiscal;*

*- ARMADILHA ADESIVA – assiste razão ao impugnante. Trata-se de mercadoria não constante do Anexo I, portanto, descabendo a exigência fiscal. Vale registrar que o próprio autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva e excluiu os valores atinentes a esta mercadoria;*

*- RODA C/PNEU CAMARA 3.25X3 – assiste razão ao impugnante. Trata-se de mercadoria não constante do Anexo I, portanto, descabendo a exigência fiscal. Vale registrar que o próprio autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva e excluiu os valores atinentes a esta mercadoria;*

*- KIT REPARO P/PISCINA MOR – 1488 – assiste razão ao impugnante. Trata-se de mercadoria não relacionada no Anexo I, desse modo, cabendo a exclusão dos valores exigidos atinentes a esta mercadoria;*

*- MANGOTE KANAFLEX KP-100 4 – - assiste razão ao autuante. Trata-se de produto com código NCM 3917, portanto, constante do Anexo I, devendo ser mantida na exigência fiscal;*

*- ABRAÇADEIRA NYLON - - assiste razão ao autuante. Trata-se de produto com código NCM 3926, portanto, constante do Anexo I, devendo ser mantida na exigência fiscal;*

*Diante da análise acima cabe à exclusão dos valores referentes aos itens não relacionados no Anexo I da Lei nº 7.014/96, sendo, desse modo, indevida a glosa do crédito fiscal atinente às mercadorias excluídas.*

*Quanto à segunda questão, ou seja, a alegação defensiva de que, mesmo que se tratasse de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as saídas foram tributadas, sem aplicação do referido regime, certamente que a simples alegação de que tributou na saída não se apresenta capaz de elidir a autuação. Caberia ao autuado comprovar que, de fato, realizou as operações de saídas tributadas, e não apenas alegar. Registre-se que, caso o autuado confirmasse o alegado, caberia, apenas, a aplicação da multa de 60%.*

*Diante do exposto, a infração é parcialmente subsistente com a exclusão do demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 75) dos valores referentes às mercadorias que não estão sob o regime de substituição tributária e manutenção da exigência quanto às mercadorias que estão enquadradas no referido regime, passando o valor do ICMS devido para R\$586,16 conforme demonstrativo abaixo:*

D. OCOOR.	VRL. LANÇADO	REV. AUTUANTE	VLR. EXCLUIDO	VLR. ICMS DEVIDO
jan/14	5,78	5,78	0,15	5,63
fev/14	1,62	1,62	1,62	
mar/14	33,09	33,09		33,09
abr/14	108,84	107,14	0,15	106,99
mai/14	24,42	10,58	7,63	2,95
jul/14	289,25	289,25		289,25
ago/14	0,08	0,08		0,08
set/14	32,75	32,75	32,25	0,50
out/14	4,89	4,89	4,89	-
nov/14	106,01	106,01		106,01
dez/14	45,51	45,51	3,85	41,66
TOTAL	652,24	636,70	50,54	586,16

*No tocante à infração 2 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidos no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos – o autuante sustenta que não é permitido ao contribuinte que não exerce atividade industrial nem é considerado estabelecimento agropecuário, apenas comercializa produtos elencados no Convênio 100/97, creditar-se, e depois estornar o valor relativo às vendas internas.*

*O impugnante alega que ao adquirir determinada mercadoria, não há como saber de antemão se a sua saída será interna ou interestadual. Diz que, diante da incerteza quanto à destinação da mercadoria, é possível a apropriação de crédito, nos termos do art. 312 do RICMS/12. Afirma que para a sua hipótese o art. 312, § 5º, II, do RICMS, prevê a forma de estorno do imposto creditado.*

*Sustenta que o procedimento adotado está em conformidade com o disposto no art. 312 do RICMS/12. Aduz que não havendo a certeza da modalidade de saída da mercadoria procede ao creditamento na entrada e, verificando que a saída será isenta ou não tributada, procede ao estorno devido, sendo que, se tratando de saída com redução da base de cálculo, realiza o estorno proporcional.*

*A meu ver, assiste razão ao impugnante. Isso porque, como realiza operações internas com as mercadorias elencadas no Convênio ICMS nº 100/97 amparadas por isenção, mas também operações interestaduais com redução da base de cálculo, é inquestionável o seu direito de utilização do crédito fiscal referente às saídas tributadas – mesmo que com redução da base de cálculo.*

*Na realidade, caso realizasse apenas operações internas amparadas por isenção o autuado não poderia sequer utilizar o crédito fiscal, haja vista a existência de vedação expressa, neste sentido, prevista no RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, já que a admissibilidade do creditamento, via de regra, está vinculada a realização de operação de saída tributada.*

*Coaduno com o entendimento do autuado no sentido de que, o seu procedimento está em conformidade com o disposto no art. 312 do RICMS/12, pois, inexistido a certeza quanto à modalidade de saída da mercadoria – se interna com isenção ou interestadual tributada com redução da base de cálculo – se credita na entrada e, verificando que a saída será isenta ou não tributada, procede ao estorno devido, sendo que, se tratando de saída com redução da base de cálculo, realiza o estorno proporcional.*

*Apesar de assistir razão ao autuante quando diz que existe autorização para manutenção de crédito para os estabelecimentos agropecuários e industriais que adquirem mercadorias do Convênio 100/97, no caso em apreço não se trata de manutenção de crédito.*

*De fato, a manutenção do crédito fiscal ocorre quando mesmo as operações de saídas subseqüentes não sendo tributadas - portanto, a princípio, sendo vedado o crédito fiscal - excepcionalmente o legislador estabelece a sua manutenção, conforme ocorre com os estabelecimentos agropecuários e industriais que adquirem mercadorias arroladas no Convênio 100/97, cujas saídas ocorram com isenção.*

*Diante disso, este item da autuação é insubsistente.*

*No respeitante à infração 3, observo que o próprio autuante na Informação Fiscal esclarece que houve um pequeno problema no sistema da Secretaria da Fazenda da Bahia quanto à leitura de alíquotas com casa decimal e opina pela improcedência da autuação.*

*No caso deste item da autuação não há o que discutir. Conforme consignado acima o próprio autuante reconheceu a improcedência da autuação, em face de falha no sistema da SEFAZ/BA que apontou erro na*

*aplicação da alíquota, quando, na realidade, a alíquota foi aplicada corretamente pelo autuado. Infração insubsistente.*

*Quanto à infração 4, o impugnante alega que na Informação Fiscal o autuante limita-se a informar que “levantamento de acordo com o Decreto nº 14.213/2012”.*

*O recolhimento a menos do imposto de que cuida este item da autuação diz respeito à restrição imposta pelo Decreto nº 14.213/2012 quanto ao crédito fiscal do ICMS referente às entradas interestaduais de mercadorias referidas em seu Anexo Único, contempladas com benefício de ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/1975, limitando a sua utilização no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem da mercadoria.*

*No presente caso, o Estado de origem é o Espírito Santo, sendo que o item 4.2 do Anexo Único do referido Decreto determina que para as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista localizado no Espírito Santo o percentual de crédito fiscal admitido é de 1%.*

*O impugnante alega que o remetente não aderiu ao benefício previsto no art. 530-L-R-B do RICMS do Estado do Espírito Santo, portanto, descabendo falar-se em ocorrência da infração. Por certo que a alegação defensiva afastaria a exigência fiscal caso efetivamente comprovado o alegado.*

*Ocorre que não consta dos autos e muito menos foi trazido em momento posterior, inclusive na sessão de julgamento, qualquer elemento comprobatório de que o remetente/emitente das notas fiscais efetivamente não usufruiu do benefício, conforme alegado. Poderia, por exemplo, ter colacionado aos autos os registros fiscais atinentes à apuração do imposto devido ao Estado de origem das mercadorias, nos quais fosse possível comprovar que a apuração foi efetuada com base no imposto efetivamente destacado no documento fiscal, ou mesmo uma declaração do Fisco daquele Estado neste sentido. A simples negativa do cometimento da infração não elide a autuação.*

*Diante disso, este item da autuação é subsistente.*

*No tocante à infração 5, o autuado alega que o autuante diz que, “sendo o contribuinte inscrito, deveria ter emitido as notas fiscais de devolução..”, contudo, afirma o autuado que não se trata de mercadorias devolvidas, uma vez que nunca chegaram a ser recebidas em seu estabelecimento.*

*Salienta o autuado que, nos termos dos artigos 85, inciso III, 107, inciso VI e 450, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, verifica-se que na hipótese do contribuinte não chegar a receber a mercadoria, possuindo ou não inscrição estadual, deverá simplesmente informar o motivo da recusa na nota fiscal que retorna com mercadoria, cabendo ao estabelecimento de origem a emissão da nota fiscal de entrada, para anular os efeitos da venda.*

*Diz que, dessa forma, considerando a ausência de entrada das mercadorias descritas nas referidas notas fiscais no seu estabelecimento, seja em razão das recusas lançadas, ou da impropriedade da emissão das Notas Fiscais, que não correspondem a operações mercantis de compra e venda ou prestação de serviços efetivamente tomados há que ser julgada improcedente a autuação.*

*De fato, assiste razão ao autuado. A obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal de devolução existe quando a mercadoria entra no estabelecimento do contribuinte e por qualquer razão a mercadoria é devolvida e não pela sua condição de contribuinte inscrito.*

*Por certo que, não tendo o autuado recebido a mercadoria, o procedimento previsto no RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, aponta no sentido de que o registro da recusa seja feito na própria nota fiscal de retorno da mercadoria.*

*Desse modo, este item da autuação é insubsistente.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

A recorrente inconformada com a Decisão de piso interpôs Recurso Voluntário, com base nas alegações abaixo articuladas.

Aponta para a necessária reforma do r. decisum quanto à manutenção da infração nº 01 – 01.02.06.

Sinaliza que, dentre os dispositivos legais citados na infração 1, deve ser dado destaque ao artigo 9º da Lei nº 7.014/96, que determina que não haverá a tributação subsequente das mercadorias elencadas no Anexo I da referida, quando o ICMS já tiver sido recolhido na modalidade de substituição tributária.

Ocorre que, conforme alegado em sede de Defesa/Impugnação por esta Recorrente, foram inclusas mercadorias que, nos termos do Anexo I da Lei nº 7.014/96, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária e, por este motivo, não poderiam ter sido consideradas no cálculo da infração.

Contesta, afirmando que a decisão de piso olvidou-se do fato de que, quanto aos demais produtos não excluídos da infração, ainda que se tratassem de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não haveria como se falar em subsunção da Recorrente nos artigos 9º e 19, §4º, II da Lei 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, aplicando-lhe a multa a que alude o artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Isso porque, ao contrário da cominação legal realizada pelo Auditor Fiscal, a Recorrente não se aproveitou de crédito relativo à mercadoria que deu entrada no estabelecimento para comercialização, com operação de saída subsequente não tributada. Pelo contrário, as saídas foram tributadas, sem aplicação do regime de substituição tributária.

Assim, ainda que as mercadorias em questão estivessem descritas no Anexo I do RICMS/BA, nos seus números NCM devidamente relacionados com as descrições coincidentes, não haveria como se falar em aproveitamento indevido de crédito fiscal em saída desonerada, pois todas as mercadorias listadas pelo d. Auditor Fiscal saíram com débito de ICMS.

Obviamente que tais informações teriam sido alcançadas com a devida prova pericial pleiteada pela Recorrente e indeferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, sob o fundamento da desnecessidade da produção das mesmas, o que configura, ainda, o cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Desta forma, evidente a improcedência da Infração em questão devendo, diante disso, ser declarada indevida a glosa do crédito fiscal atinente às mercadorias em questão. Caso assim não se entenda, faz-se de rigor o deferimento da produção de prova pericial pleiteada.

Em referência à infração 4, afirma que não merece prosperar, uma vez que no demonstrativo do cálculo da antecipação tributária, a autoridade fiscal menciona que o crédito admitido possuía fundamento no Decreto nº 14.213/2012, que veda a utilização de crédito de ICMS relativos às estradas interestaduais, de mercadorias referidas em seu Anexo Único, contempladas com benefício de ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/1975.

Como se verifica no §1º do art. 1º do Decreto nº 14.123/12, o crédito do ICMS relativo à entrada interestadual das mercadorias será admitido no percentual efetivamente cobrado no estado de origem, conforme estabelecido no seu anexo único.

Frisa-se que o fundamento usado pelos Julgadores para indeferirem a Defesa da Recorrente foi o de ausência de documento comprobatório de que a Recorrente não usufrui do referido benefício. Porém, conforme já mencionado, fora requerido pela Recorrente, em sede de Defesa, a produção de prova pericial, a fim de apurar irregularidades da Autuação.

Não obstante a maioria das infrações terem sido julgadas improcedentes, a produção da referida prova seria de extrema importância para o julgamento improcedente das infrações que agora estão sendo, novamente, discutidas.

No entanto, os julgadores, alheios a este importante pleito, julgaram o feito de forma antecipada, indeferindo a produção de provas pleiteadas pela Recorrente, sob a alegação de serem as mesmas desnecessárias, o que culminou no nítido cerceamento de defesa da Recorrente.

Tal recurso não seria necessário caso fosse deferido o pleito de produção de prova pericial requerido pela Recorrente em sede de Defesa, o que não ocorreu.

Desta forma, a Recorrente juntou aos autos os livros de apuração de ICMS das lojas do Espírito Santo que fizeram transferência de mercadorias para a loja de Teixeira de Freitas/BA nos meses das emissões das notas fiscais em discussão (doc. 04 e 05). Tais livros comprovam que a apuração fora efetuada com base no imposto efetivamente destacado no documento fiscal.

De acordo com o item 4.2 do anexo único do Decreto nº 14.213/2012, as mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista localizada no Espírito Santo só poderão utilizar, no ano de 2014, o percentual de 1% para cálculo do crédito, usando como fundamento o artigo 530-L-R-B do RICMS/ES.

O artigo 530-L-R-B do RICMS/ES (revogado em 13/08/2015) realmente trazia a possibilidade do benefício fiscal para as saídas interestaduais de estabelecimentos atacadistas reduzindo a carga tributária final para 1% (um por cento), devendo a apuração do ICMS o débito destacado na NF ser estornado até chegar a esse percentual.

Assim, os estabelecimentos atacadistas poderiam ter o benefício fiscal nas saídas interestaduais onde, mesmo sendo destacado na NF o percentual de 4% (quatro por cento) ou 12% (doze por cento), conforme a origem do produto, o valor efetivamente cobrado pelo Estado seria de 1% (um por cento).

Contudo, o art. 530-L-R-B, §1º, inciso I, do RICMS/ES exigia, para a utilização desse benefício fiscal, que o estabelecimento interessado fosse signatário de termo de adesão às condições estipuladas em contrato de competitividade firmado entre o SEDES - Secretaria de Estado de Desenvolvimento e a entidade representativa do respectivo segmento de atividade produtiva do Estado do Espírito Santo (no caso dos atacadistas o SINCADES).

A Recorrente, após proceder a análise dos termos do contrato, concluiu que não haveria vantagem em aderir devido às exigências impostas e, em virtude disso, não usufruiu do benefício fiscal previsto no artigo 530-L-R-B do RICMS/ES, conforme demonstram claramente os livros contábeis que seguem em anexo.

Infelizmente, a Recorrente não viu apreciado, até o momento, o pedido de emissão de declaração oficial da Secretaria da Fazenda do Espírito Santo, atestando a ausência de adesão da Recorrente aos termos do contrato para aproveitamento do aludido benefício, o que pode ser solucionado mediante a simples expedição de ofício por essa d. Turma Julgadora, em busca da verdade real.

Não obstante, importa destacar que, no cálculo de antecipação tributária, apresentado na autuação para os meses de agosto de setembro de 2014, as mercadorias incluídas, com nota fiscal sacada em face da filial de CNPJ 28.138.113/0003-39, foram adquiridas para consumo próprio – e não para revenda, argumento não apreciado pelo r. decisum ora recorrido.

De qualquer forma, em razão de não ter usufruído do benefício fiscal em questão, não há que se falar em ocorrência de infração apontada, devendo ser cancelado o referido lançamento no que tange a Infração nº 04. Caso assim não se entenda, há que ser deferida a produção de prova pleiteada pela Recorrente, sob pena de grave cerceamento ao seu direito de defesa, ao passo que a improcedência da impugnação ao auto se deu exclusivamente em razão da dita ausência de prova, cuja produção fora indeferida.

Ante o exposto, requer seja julgado improcedente in totum o auto de infração em epígrafe, sendo o mesmo consequentemente cancelado, sem aplicação de quaisquer penalidades à empresa autuada, pelos motivos deduzidos no presente recurso, haja vista que as Infrações 01 e 04 não merecem subsistir.

Caso assim não se entenda, requer-se seja convertido o julgamento em diligência, para permitir a produção de prova pericial pleiteada, ou para expedir ofício à Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo para informar se a Recorrente é (ou era ao tempo da autuação) beneficiária do artigo 530-L-R-B do RICMS/ES.

Requer, ainda, a juntada dos documentos que seguem em anexo, a fim de corroborar com as alegações da Recorrente.

Em sessão de julgamento no dia 19/06/2018, considerando a verossimilhança nas alegações recursais quanto a infração 4, concluíram os membros da 2ª CJF ser necessária a conversão do feito em diligência para que as provas acostadas sejam submetidas à análise do fiscal autuante de forma a comprovar que as operações originárias do Estado do Espírito Santo foram de fato submetidas à tributação normal e, se subsiste diferença a ser exigida, caso seja conferido a recorrente o direito ao crédito efetivo destacado nos documentos fiscais.

À fl. 283 o fiscal autuante se pronuncia nos autos constatando que os remetentes das mercadorias objeto da infração 4 não possuem nenhum benefício tributário, refazendo os cálculos sem a glosa

de crédito.

À fl 289 trouxe demonstrativo de débito com os valores remanescentes exigíveis cujo total é de R\$1.169,01, referente aos meses de marco, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2014.

## VOTO

A recorrente em seu Recurso Voluntário demonstra seu inconformismo, especificamente quanto às infrações 1 e 4, mencionadas no aludido Auto de Infração.

Na primeira infração, demonstra a Recorrente sua irresignação em relação à afirmação da Junta de Julgamento fiscal, que concluiu que o recorrente teria demonstrado que suas saídas haviam sido submetidas à tributação, independentemente de estarem efetivamente sujeitas ao regime da substituição tributária.

Alega ainda a recorrente que a prova requerida pela Junta de Julgamento poderia ter sido alcançada com a devida prova pericial pleiteada e indeferida por este órgão.

Pugna ainda o contribuinte pela improcedência da Infração em questão, requerendo, diante disso, que seja declarada indevida a glosa do crédito fiscal atinente às mercadorias em questão.

Percebo, de logo, e apesar das alegações se apresentarem verossímeis, que não trouxe a recorrente qualquer elemento de prova para corroborar com sua afirmação. Não obstante, restar sinalizado pela Junta de Julgamento que a recorrente não trouxe aos autos prova inconteste que, apesar de ter utilizado crédito de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tenha, contudo, submetido à tributação quando de sua saída.

Entendo, portanto, que a postura da recorrente não foi proativa, na medida em que não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal.

Realço, entretanto, que a recorrente poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa, após este julgamento de 2ª Instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

Pelo acima exposto, entendo que a infração 1 é procedente em parte, conforme já relatado pela Decisão de piso.

Quanto as alegações trazidas em referência à infração 4, diante das provas acostadas em sede de impugnação, ressalto que o presente PAF foi convertido em diligência e referidos elementos de prova foram submetidos à análise do fiscal autuante.

Isto posto, o fiscal autuante concentrou seus esforços em verificar se as operações do fornecedor da recorrente, originárias do Estado do Espírito Santo, foram de fato submetidas à tributação normal e, se subsiste diferença a ser exigida, caso seja conferido a recorrente o direito ao crédito efetivo destacado nos documentos fiscais.

À fl. 283, o fiscal autuante se pronuncia nos autos, constatando que os remetentes das mercadorias objeto da infração 4 não possuem nenhum benefício tributário, refazendo os cálculos sem a glosa de crédito.

À fl. 289, trouxe o autuante um demonstrativo de débito com os valores remanescentes exigíveis, cujo total é de R\$1.169,01, referente aos meses de marco, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2014.

Pelo exposto, e considerando que originalmente a infração objetivava a glosa do crédito em razão do conceito protecionista do Estado da Bahia em não permitir que Estados concedam incentivos fiscais não homologados pelo CONFAZ, há que ser reconhecida a fragilidade da tese articulada pelo autuado.

Mister se faz ressaltar que o fornecedor da recorrente, situado no estado do Espírito Santo e beneficiário dos incentivos fiscais decorrentes da correlata operação, não utilizou dos vinculados créditos, situação que implica no reconhecimento de crédito integral para a ora recorrente.



Considero, pois, a infração procedente em parte, conforme números apresentados à fl. 289 no novo demonstrativo apresentado pelo fiscal autuante.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, devendo ser exigido o valor de R\$ 1.755,17, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 1-

D. OCOOR.	VRL. LANÇADO	REV. AUTUANTE	VLR. EXCLUIDO	VLR. ICMS DEVIDO
jan/14	5,78	5,78	0,15	5,63
fev/14	1,62	1,62	1,62	
mar/14	33,09	33,09		33,09
abr/14	108,84	107,14	0,15	106,99
mai/14	24,42	10,58	7,63	2,95
jun/14	289,25	289,25		289,25
ago/14	0,08	0,08		0,08
set/14	32,75	32,75	32,25	0,50
out/14	4,89	4,89	4,89	-
nov/14	106,01	106,01		106,01
dez/14	45,51	45,51	3,85	41,66
TOTAL	652,24	636,70	50,54	586,16

INFRAÇÃO 4:

MESES	VALOR JULGADO
MARCO	R\$ 63,28
AGOSTO	R\$ 340,19
OUTUBRO	R\$ 211,37
NOVEMBRO	R\$ 136,93
DEZEMBRO	R\$ 417,24
TOTAL	R\$ 1.169,01

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **281394.3004/16-4**, lavrado contra **CASA DO ADUBO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.755,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS