

PROCESSO - A. I. N.º 269182.0002/14-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RAMIRO CAMPELO COMÉRCIO DE UTILIDADES LTDA.
RECORRIDOS - RAMIRO CAMPELO COMÉRCIO DE UTILIDADES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0135-03/15
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/08/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0152-11/19

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES. Valor reduzido diante das provas apresentadas na defesa. Inexistência dos requisitos para redução ou cancelamento da multa. Alterada a data de ocorrência. Modificada a Decisão recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA PERCENTUAL SOBRE O IMPOSTO DEVIDO. Redução do valor após autuante acolher razões de defesa. Mantida a Decisão recorrida. 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. É vedado o crédito de ICMS nas aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas na Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto no Decreto nº 4.316/95, devendo ser estornado o débito quando da operação da saída subsequente. Entretanto, atribuído tratamento normal às operações e em razão de tratar-se de períodos que já ocorreu a decadência, impossibilitando o recorrente de restabelecer o rito processual próprio, em respeito aos princípios da não-cumulatividade do ICMS, da moralidade e justiça fiscal, cabe ao estabelecimento adquirente se creditar do ICMS destacado. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0135-03/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, em relação às infrações 2, 6 e 8, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal, em relação às infrações 2 e 8, respaldado no art. 169, I, “b”, do dito regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito no valor de R\$491.778,28, em relação aos exercícios de 2009 e 2010, que resultou na constatação de oito exações, sendo objeto de recursos as infrações a saber:

Infração 2: Multa no valor de R\$185.027,27 pelo fornecimento de arquivos magnéticos, via internet, através do programa validador Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, em todos os meses dos exercícios de 2009 e 2010. Consta, ainda, que o contribuinte transmitiu arquivo Sintegra divergente de sua escrituração fiscal e intimado a corrigir tais divergências, fez a retransmissão sem corrigi-las totalmente;

Infração 6: Multa no valor de R\$36.786,21, correspondente a 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por

antecipação parcial, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a julho, outubro e novembro de 2009, janeiro a abril e julho de 2010;

Infração 8: Recolheu a menos ICMS de R\$210.350,51, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, visto que o contribuinte não estornou o crédito das aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas na Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto nos art. 1º e 1º - A do Decreto nº 4.316/95, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$321.330,63, após registrar que o sujeito passivo reconheceu e parcelou os débitos das infrações 1, 3, 4, 5 e 7, impugnando as exações 2, 6 e 8, das quais a JJF, no mérito, concluiu que:

Inerente à infração 2:

VOTO

[...]

Com base nos elementos trazidos pela defesa no que diz respeito a esta infração, verifico que a multa pelo fornecimento de arquivos magnéticos com omissões, na informação fiscal inicial, foi reduzida no período de 09/2009 parcialmente, e de 09 a 12 de 2010, excluída integralmente. Conforme mencionou o autuante na manifestação fiscal, o próprio autuado admitiu a procedência da infração ao apontar a divergência do arquivo 09/2009, no entanto os arquivos que corrigiram as divergências do último quadrimestre de 2010 foram apresentados muito posteriormente ao prazo estabelecido pela intimação do autuante e disposto na legislação específica.

Registro que o autuado poderia ter formalizado junto à Inspeção responsável por seu domicílio fiscal, o pedido de prorrogação do prazo para correção das inconsistências detectadas pela fiscalização, antes da lavratura do auto de infração, motivada pelas razões declinadas em sua impugnação. O acerto das incorreções apuradas nos arquivos Sintegra após a autuação, não podem ser acatadas por falta de previsão legal.

Assim, acolho os ajustes realizados pelo autuante que acatou as razões defensivas, no que concerne às correções realizadas dentro do prazo regulamentar de 30 (trinta) dias, em relação aos recibos de transmissão do Sintegra apresentados de 2009 e de 01 a 08 de 2010, conforme nova versão do demonstrativo da infração 2 às fls. 382 a 384 dos autos, de forma que a infração remanesce no valor de R\$50.789,44. Infração parcialmente procedente.

Quanto ao apelo para o cancelamento ou isenção da multa e dos acréscimos moratórios, não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista que o envio dos arquivos eletrônicos com dados inconsistentes, impedem a realização de diversos roteiros de auditoria, a exemplo da reconstituição dos livros fiscais, a apuração da existência ou não de débito perante o fisco etc. Portanto, dada a subjetividade das alegações defensivas, e não tendo sido atendidas às exigências acima, deixo de acatar o pedido do contribuinte.

Quanto à infração 6:

[...]

O autuado nas razões defensivas, disse que a grande maioria das notas apontadas pela fiscalização, de acordo com o relatório analítico que compõe a memória de cálculo, é composta de notas fiscais fictas, isto é, se referem a entradas simbólicas, que são contrapartida de devoluções também simbólicas de mercadorias adquiridas anteriormente sem a redução prevista para aquelas operações, do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), razão pela qual foram devolvidas e novamente recebidas simbolicamente, desta feita com a devida redução do IPI.

O Autuante na informação fiscal acatou os argumentos do impugnante excluindo da base de cálculo da multa aplicada pelo não recolhimento do ICMS da antecipação parcial, as notas fiscais emitidas nos termos do artigo 3º do Decreto Federal 6825/2009 que amparavam tais operações.

O defendente voltou a se manifestar, alegando que sobre esta infração ainda restariam valores que, em seu entendimento, deveriam ser excluídos, para os períodos 02/2010 e 03/2010. Com vistas a dirimir quaisquer dúvidas, o autuante se reportou ao relatório denominado "Relação de DAEs - ano 2010", às fls. 524/525, extraído da base de dados da arrecadação tributária estadual, onde constam os valores recolhidos a título de ICMS da antecipação parcial pelo contribuinte, onde pode se verificar a correção dos valores ajustados, na forma dos demonstrativos de fls. 385/ 392, produzidos na primeira informação fiscal.

Na sessão de julgamento deste PAF, em sustentação oral, o preposto da empresa insistiu que nesta infração,

estaria sendo cobrado o valor do ICMS antecipação parcial omissa de recolhimento no período fiscalizado, ao invés da multa sobre o referido valor.

Também presente à sessão de julgamento, o Auditor Fiscal autuante esclareceu que na verdade, na informação fiscal, quando da realização dos ajustes necessários para exclusão de valores constantes indevidamente do levantamento fiscal, conforme alegações defensivas, teria registrado apenas, o valor remanescente do ICMS antecipação parcial que não foi recolhido de forma tempestiva, não ficando expresso dessa forma, que o valor efetivamente reclamado nesta infração, após os ajustes, conforme lançamento original do PAF, trata-se da aplicação da multa de 60% sobre o valor remanescente de R\$30.772,01.

Dessa forma, acato conclusão do autuante, que para os dois exercícios fiscalizados, a multa foi reduzida para o valor de R\$18.463,19, conforme nova versão do demonstrativo da infração 6, às fls. 385/392 dos autos. Infração parcialmente caracterizada.

Referente à infração 8:

A infração 08 refere-se a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. No cálculo mensal da apuração do ICMS a recolher, o contribuinte não estornou o crédito das aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas na Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto nos art. 1º e 1º - A do decreto nº 4.316/95, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Na contestação, o autuado alegou que as notas fiscais integrantes do demonstrativo de débito desta infração se referem a entrada de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, o qual teria feito o estorno do crédito na aquisição ao fabricante, e que o débito na saída do estabelecimento autuado teria sido também estornado.

Segregou os valores autuados por CFOP alegando: (i) notas fiscais com CFOP 1102 de número 30674 e 13543, não foi lançado nenhum crédito; (ii) CFOP 5101 entradas de produtos industrializados adquiridos de fábrica instalada na Bahia detentoras de Carta de Habilitação, não realizou lançamento a crédito; (iii) CFOP 5.102 (revenda de mercadoria adquirida de terceiros), portanto, referente a produtos não industrializados, reconhece valores como devidos; (iv) para o CFOP 1202 referente ao ano de 2009, trata-se de devolução de cliente que foi indevidamente lançado o crédito e para o ano de 2010 com CFOP 1102, menciona tratar-se de nota de recompra em que o ICMS foi indevidamente creditado ao qual reconhece o débito; (v) notas referentes ao CFOP 1152 (transferência), disse que lança o débito na filial de origem e o crédito na filial de destino, ficando claro não haver nenhum prejuízo ao Estado, pois ocorrendo o processo de conta corrente entre as filiais, os valores se anulam. Reconhece que mantém este procedimento também, para as notas que constam os produtos industrializados na Bahia vindo de empresas habilitadas, mas frisa não haver nenhum prejuízo ao Fisco Estadual apesar do veto do crédito nas compras de produtos industrializados com a realização do respectivo estorno do débito no momento da venda de tais produtos de acordo com o que determina o multicitado Decreto; (vi) em relação ao CFOP 1916, relativo ao ano de 2010, trata-se de retorno de mercadoria cujo ICMS não foi creditado e de igual forma o CFOP 1949 do ano de 2010, as notas em questão foram lançadas com valor zero de ICMS.

Ante as razões de defesa apresentadas, o autuante entendeu procedente a argumentação alinhada quanto a parte não reconhecida dos Códigos Fiscais de Operação e Prestação (CFOP) 1102, 1202, 1916 e 1949, se manifestando pela manutenção da parte reconhecida pelo dependente. Quanto à contestação aos lançamentos referentes ao CFOP 1152, frisou que não pode prosperar, pois colide com a norma que obriga a apuração do ICMS com o estorno dos valores lançados.

Observe que a controvérsia a respeito desta infração persiste relativamente às notas fiscais com CFOP 1152 (transferências), em face do entendimento do autuado de que seu procedimento, ainda que contrário a norma preconizada no artigo 3º do Decreto 4316/95, não teria resultado em prejuízo a Fazenda pública estadual, considerando tratar-se de transferências realizadas entre filiais.

A matéria encontra-se prescrita no artigo 3º do Decreto 4316/95, com a redação dada ao seu caput pelo Decreto Estadual 11.396, de 30/12/2008, com efeitos de 31/12/2008 a 15/06/2012, que para melhor esclarecimento transcrevo:

Art. 3º. Ao estabelecimento comercial que promover saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1-A, fica vedada a utilização do crédito fiscal da entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída.

Da análise do dispositivo acima transcrito, entendo não restar dúvidas sobre o acerto da ação fiscal ora em análise. Encontra-se claramente expresso ser vedada a utilização do crédito fiscal das mercadorias relacionadas nesta infração, dentro da cadeia estadual de circulação mercantil. Reitero que essa norma se impõe de forma absoluta, já o lançamento à crédito, do débito gerado nas saídas, é uma autorização concedida

ao contribuinte, que poderá exercê-la dentro do período decadencial, conforme, acertadamente, frisou o autuante.

Em sustentação oral, o preposto da empresa reiterou que a legislação que rege a matéria, não fala em estorno de crédito, e sim, ser vedado a sua utilização.

Sobre tal alegação, ressalto que a atividade do autuante é vinculada à lei. Se o sujeito passivo utiliza-se de crédito em detrimento do exposto na norma, outro não pode ser o procedimento da fiscalização, senão efetivar o estorno dos valores creditados ao arrepio da lei.

Constatando que o autuado no registro de suas operações, adotou um sistema próprio de escrituração, contrário ao disposto na legislação e que não pode ser acatado pelo Fisco, tendo em vista a atividade vinculada de seus agentes.

O argumento do autuado sobre a inexistência de prejuízo para o erário estadual considerando que as operações tratam de transferências não pode prosperar. Ressalto que a apuração do ICMS é por estabelecimento, e nos termos do art. 11, §3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular em relação aos demais, procedendo cada qual a apuração do ICMS de sua responsabilidade, ocorrendo o fato gerador do imposto ainda que nas saídas para outro estabelecimento do mesmo titular.

Portanto, ainda que o estabelecimento que efetuou as transferências ao autuado tenha procedido na forma alegada, o estabelecimento destinatário está obrigado a estornar o crédito apurado nesta infração, em cumprimento a determinação expressa da legislação de regência amplamente citada.

Concluo, portanto, pelo acolhimento dos ajustes realizados pelo autuante na manifestação fiscal, remanescendo a infração 08 no valor de R\$192.463,69, conforme demonstrativo de fls. 526 / 567.

Do exposto, a JJF concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$321.330,63, recomendando a homologação dos valores pagos, recorrendo de ofício a uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 608 a 628 dos autos, o recorrente diz verificar o acerto do julgamento quanto à infração 6, contudo, discorda do resultado em relação às infrações 2 e 8, na parte em que o lançamento fiscal foi mantido, especialmente, em relação à exação 8, caso tivesse sido deferida a diligência para se comprovar a legitimidade do procedimento adotado pelo recorrente.

No tocante à infração 2, alega o recorrente que a fiscalização considerou indevidamente como ocorrida a infração nos meses de setembro a dezembro de 2010, pois, se observa que a multa do art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96 somente estará configurada após o término do prazo de trinta dias concedido pela fiscalização sem a devida correção das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, vez que a infração não pode ser aplicada em momento anterior à sua efetiva configuração. Cita jurisprudência e Orientação Técnica (OTE-DPF-3005).

Esclarece que a fiscalização, constatado as divergências nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, relativamente aos meses de setembro a dezembro de 2010, intimou a recorrente para corrigi-los em 06/03/2014, tendo-lhe concedido prazo de trinta dias, na forma da legislação. Portanto, diferentemente do indicado na infração, o termo *a quo* da ocorrência, para efeito de atualização monetária, é o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo, ou seja, o dia 07/04/2014.

Deste modo, pugna pela correção da data indicada pela fiscalização como momento da ocorrência da conduta infracional apenada pela infração 2, uma vez que sua manutenção prejudicará sobremaneira a recorrente ao ver o crédito tributário cobrado ser atualizado de forma equivocada.

Em outra vertente, o apelante roga pelo cancelamento ou redução da multa por descumprimento da obrigação acessória, considerando que agiu em todo o momento com absoluta boa-fé e colaboração com a fiscalização, não houve a constatação de dolo, fraude ou simulação na prática da infração, bem como que não foi apurado qualquer centavo a título de descumprimento de obrigação principal em relação à infração 2, do que entende reunir os requisitos previstos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, na medida em que apresentou as correções das inconsistências dos arquivos magnéticos indicadas pela fiscalização a destempo, conseguiram corrigir todos os arquivos magnéticos do período fiscalizado e os enviaram para a base de dados da SEFAZ, como reconhecido pelo próprio Acórdão recorrido. Cita julgados similares, neste sentido, em casos

análogos.

No que tange à infração 8, a acusação é de que o contribuinte não estornou o crédito das aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas no Estado da Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto nos arts. 1º e 1º-A do Decreto nº 4.316/95.

Aduz que, após ajustes realizados pela fiscalização no curso do processo, a controvérsia desta infração se restringiu às notas fiscais com CPOP 1152 (transferência), considerando se tratar de operações de transferência das mercadorias fabricadas no Estado da Bahia realizada entre filiais da empresa recorrente, em que houve a apuração, lançamento, destaque e recolhimento do ICMS pela filial remetente na ocasião das saídas das mencionadas mercadorias, assim como a apropriação do crédito correspondente pela recorrente (filial de destino) no momento da sua entrada.

Destaca o apelante que, de acordo com o entendimento da JFJ, encampando a tese do autuante, o art. 3º do Decreto nº 4.316/95 (redação pelo Decreto nº 11.396/08), não permite a utilização do crédito fiscal das mercadorias fabricadas no Estado da Bahia dentro da cadeia estadual de circulação mercantil. Assim, ainda que se tratando de transferências entre filiais, com lançamento de débito na filial remetente e de crédito na filial de destino, entenderam os julgadores que o recorrente teria utilizado um sistema de escrituração contrário ao disposto na legislação, o que não poderia ser acatado.

Entretanto, quanto às operações de comercialização efetivamente realizadas pelos seus estabelecimentos de produtos fabricados no Estado da Bahia por empresas beneficiadas do tratamento previsto nos arts. 1º e 1º-A do Decreto nº 4.316/95, aduz o recorrente que não há dúvidas nestes autos no sentido de que não houve a utilização do crédito fiscal nas entradas/aquisições das mercadorias, exatamente como determina o art. 3º do Decreto nº 4.316/95.

Já em relação às operações de transferência das mercadorias entre filiais, respeitando a uniformidade do seu procedimento, tal como o quanto estabelecido pelo RICMS/97, a empresa manteve a apuração, destaque e recolhimento do ICMS pela filial remetente na ocasião das saídas das mercadorias, assim como a apropriação do crédito correspondente pela recorrente (filial de destino) no momento da sua entrada.

Portanto, a apropriação de crédito fiscal somente se deu quando das operações de transferência entre filiais, em que houve o efetivo recolhimento do ICMS na saída dos produtos, do que, como prova de sua alegação, anexou relação (fls. 659/704) de todas as entradas de mercadorias recebidas em transferência (CFOP 1152) de outras filiais, com todas as informações correlacionadas às operações, tais como, data, número da nota fiscal, código e valor do produto, ICMS destacado/recolhido, filial remetente, etc., do que, caso preciso, pugna por diligência para provar, de forma inequívoca, que: *i)* o crédito fiscal aproveitado decorre de entrada de mercadorias efetivamente tributadas pela filial remetente; *ii)* que a filial remetente não procedeu ao lançamento como crédito do valor do imposto destacado na nota fiscal de saída.

Assim, o recorrente diz que não sobejam dúvidas acerca da legitimidade do procedimento adotado, com absoluta transparência e boa-fé, bem como por não ter implicado em prejuízo fiscal ao Estado da Bahia, pois, glosar o crédito aproveitado nas operações de transferência seria punir triplamente o recorrente, com evidente enriquecimento ilícito e sem causa do Estado da Bahia, na medida em que: *i)* a filial remetente apurou e recolheu o ICMS supostamente de forma equivocada; ao passo em que *ii)* o direito da recorrente (filial de destino) ao uso do crédito fiscal correspondente restou flagrantemente negado; e ainda *iii)* lhe é cobrado o ICMS respectivo acrescido de multa de ofício, juros e multa de mora.

Ressalta que não se deve repetir o equívoco afirmado na fiscalização, seguido pela Junta de Julgamento Fiscal, quando sustenta que “bastaria a filial remetente proceder ao lançamento à crédito do débito das saídas das mercadorias, pois esta é uma autorização concedida ao contribuinte, que poderá exercê-la dentro do período decadencial”, visto que, além de não ter sido este o procedimento adotado pela empresa quando se tratando de operações de transferência de

produtos entre suas filiais, como já demonstrado, já se consumou, quase que na sua integralidade (período de janeiro/2009 a agosto/2010), o prazo prescricional para a filial remetente proceder ao lançamento como crédito do valor do ICMS destacado nas notas fiscais de saída. E até o julgamento final, certamente, a prescrição do alegado direito da filial remetente ao crédito terá se operado sobre todo o período fiscalizado no presente lançamento fiscal.

Alega que a contradição nesta hipótese seria gigantesca porque se estaria sacrificando o contribuinte em um contexto baseado em um benefício criado pelo Estado da Bahia para atrair investimentos, emprego e renda para o seu território, revelando enorme injustiça fiscal com o recorrente, empresa “filha” do Estado, que se sacrifica para fazer concorrência em pé de igualdade com gigantes nacionais do mercado e que, caso mantida a infração, o que não se espera, será indevidamente prejudicada.

Ressalta que não está questionando nenhum privilégio ou exclusividade de tratamento fiscal, mas, considerando a singularidade do seu caso, pugna que o presente processo seja julgado à luz da razoabilidade, que certamente conduzem os julgamentos e decisões proferidas perante este egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF.

Por fim, requer a reforma do Acórdão recorrido, para corrigir, reduzir ou cancelar a multa aplicada pela infração 2, bem como julgar improcedente a infração 8, materializadas no Auto de Infração em epígrafe.

A PGE/PROFIS, às fls. 708 a 712 dos autos, em relação à infração 2, entende que se faz necessário um pronunciamento explícito por estranho ao feito sobre a possibilidade de se afirmar, sem dúvida razoável, que a infração não implicou falta de recolhimento de imposto, como também, inerente à infração 8, em razão da juntada de documentos pelo recorrente (fls. 659/704), recomenda a realização de diligência para que se verifique a procedência das alegações do contribuinte, sobretudo à luz dos documentos careados aos autos com a irrisignação tanto no que tange à infração 2 quanto à infração 8.

Na pauta suplementar ocorrida em 17 de fevereiro de 2017, a 2ª CJF converteu o PAF em diligência à INFAZ de origem para que o autuante ou preposto fiscal estranho ao feito intimasse o sujeito passivo a apresentar, no prazo de dez dias, cópias dos livros fiscais das filiais remetentes (Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS) comprovando sua alegação de que “... *houve a apuração, lançamento, destaque e recolhimento do ICMS pela filial remetente na ocasião das saídas das mencionadas mercadoria...*”, como também o diligente verificasse e atestasse se o imposto debitado foi objeto de estorno nos respectivos períodos de apuração, conforme determina a legislação, inerentes às aludidas operações de transferências das mercadorias fabricadas no Estado da Bahia, realizadas entre suas filiais.

Às fls. 719 /720 dos autos, o diligente informa que:

“1 – Após apresentação dos livros e documentos solicitados, foi constatado que as filiais remetentes, não estornaram os débitos concernentes aos créditos indevidamente utilizados pelo estabelecimento autuado, também não estornaram os créditos fiscais das entradas e/ou transferências (conforme se pode verificar nas cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS em anexo fls. 311 a 377 deste PAF).”

“ 2 - Constatamos que, após análise dos Livros de Apuração do ICMS apresentados pela suplicante, há destaque do imposto nas operações de transferência para outros estabelecimentos. Informamos ainda, que o imposto debitado, não foi objeto de estorno nos respectivos períodos de apuração, conforme determina a legislação.

Outrossim, é válido asseverar, que nos exercícios de 2009 e 2010, a Autuada manteve os créditos fiscais das entradas em sua escrituração.”

Em nova decisão da 2ª CJF, às fls. 732 dos autos, o PAF foi convertido em diligência à INFAZ VALENÇA para que informasse se existia algum processo no qual o sujeito passivo tenha pretendido o crédito extemporâneo do valor do imposto destacado nas notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pelas suas filiais ao estabelecimento autuado, inerentes aos exercícios de 2009/2010, consoante demonstrativo às fls. 526 a 566 dos autos, conforme

previsto no art. 3º do Decreto nº 4.316/95, foi respondido pelo Supervisor da IFEP Norte, às fls. 738 dos autos, que “... após pesquisa efetuada nas opções de consultas do Sistema de Protocolo – SIPRO e de Controle de Pareceres Tributários – CPT, podemos afirmar que não identificamos nenhum processo desse período referente ao assunto em apreço. Segue anexo, telas das consultas efetuadas.”.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, circunscrito às infrações 2, 6 e 8, da análise das peças processuais, depreende-se que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois, em relação à exação 2, pela qual se exige do sujeito passivo multa, no valor de R\$185.027,27, relativa aos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, pelo fornecimento de arquivos SINTEGRA com omissão de operações, a desoneração ao valor de R\$50.789,44 ocorreu em razão do acolhimento pela JJF dos ajustes realizados pelo autuante, demonstrado às fls. 382 a 384 dos autos, que acatou as razões defensivas, no que concerne às correções realizadas, dentro do prazo regulamentar de trinta dias, em relação ao exercício de 2009 (com exceção do mês de setembro), e de janeiro a agosto de 2010, consoante informação fiscal às fls. 394 e 395 dos autos.

Inerente à infração 6, relativa a multa no valor de R\$36.786,21, correspondente a 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a julho, outubro e novembro de 2009; janeiro a abril e julho de 2010, a desoneração ao valor de R\$18.463,19 ocorreu em razão da exclusão do levantamento original de notas fiscais devoluções fictas, emitidas nos termos do artigo 3º do Decreto Federal 6825/2009, assim como da aplicação do percentual de 60% sobre o valor do ICMS antecipação parcial omitido de recolhimento, como apurado no demonstrativo de fls. 385 a 392 dos autos, e não o próprio valor do ICMS antecipação parcial.

Por fim, no que tange à infração 8, na qual se exige o recolhimento a menos do ICMS de R\$210.350,51, por não ter o contribuinte estornado o crédito das aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas na Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto nos art. 1º e 1º - A do Decreto 4.316/95, a desoneração ao valor de R\$192.463,69, conforme demonstrativo às fls. 526 a 567 dos autos, ocorreu em razão da comprovação pelo autuante da alegação de defesa (fl. 410/412) de que, com raras exceções, a exemplo da nota fiscal nº 2451, o contribuinte não se creditou do imposto em relação aos produtos industrializados *adquiridos* de fábrica instalada na Bahia e detentoras de carta de habilitação do benefício previsto no Decreto nº 4.316/95 (documentos fls. 429/434 dos autos);

Assim, diante de tais considerações, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, restrito às infrações 2 e 8, no que tange à exação 2, as razões recursais limitam-se a alegar que, conforme OTE-DPF-3005, as multas remanescentes, relativas ao mês de setembro de 2009 e de janeiro a dezembro/2010 (fls. 384), só estarão configuradas após o termino do prazo de trinta dias concedido pela fiscalização para a correção das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, ou seja, 07/04/2014, como também pelo cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Em relação à primeira alegação, de fato, a data de ocorrência não é aquela fixada, originalmente, para o cumprimento da obrigação, mas o momento em que se caracterizou o não atendimento da intimação, nos termos do item “5” da OTE-DPF-3005, abaixo reproduzida, *in verbis*:

“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação

da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”
(grifos nosso)

Assim, considerando que o trigésimo dia do prazo da intimação, ocorrida em 06/03/2014 (fl. 18), cai num sábado, o final do prazo se protraí para o primeiro dia útil seguinte, nos termos do parágrafo único do art. 200 do CTN. Por isso, o último dia do prazo deve ser considerado como a segunda-feira seguinte, 07/04/2014, devendo-se tomar como descumprida a intimação no dia 08/04/2014, na terça-feira, portanto.

Quanto ao apelo para cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, considerando que o contribuinte não evitou esforços em atender a intimação, inclusive retransmitindo os arquivos magnéticos, conforme provam os documentos às fls. 156 e 160 a 171 dos autos, há de esclarecer que, em que pese o envio após o prazo estipulado, o que denota boa-fé, vislumbro *não caber* a redução da penalidade, visto que os arquivos SINTEGRA, à época dos fatos, tratavam de importante ferramenta para o controle da administração tributária e para uma eficaz fiscalização, inclusive relativo à metodologia do tipo de auditoria de estoque, essencial na atividade exercida pelo contribuinte, de modo a se apurar a real base de cálculo das operações e possibilitar a homologação do ICMS, sendo *temerário* se concluir que o imposto foi devidamente oferecido à tributação e que o fato não implicou em prejuízo ao erário estadual.

Em suma, corrige-se a data de ocorrência e de vencimento da infração 2 para 08/04/2014, para todo débito remanescente, no montante de R\$50.789,44. Mantida a Decisão recorrida, com alteração da data.

No tocante à infração 8, cuja acusação é de que o contribuinte não estornou o crédito das aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas no Estado da Bahia, por estabelecimentos beneficiários do tratamento previsto nos arts. 1º e 1º-A do Decreto nº 4.316/95, restou comprovado pela autoridade autuante que o valor objeto da lide, em razão da contestação do sujeito passivo, decorre apenas em relação às operações sob CFOP 1152, recebidas em transferência para comercialização pelo estabelecimento autuado, conforme demonstrado às fls. 526 a 567 dos autos.

Em que pese o entendimento da JJF de que não poderia acatar que o contribuinte utilizasse um sistema de escrituração contrário ao disposto na legislação, o recorrente alega que a apropriação de crédito fiscal só se deu nas operações de transferência entre filiais em que houve o efetivo recolhimento do ICMS na saída dos produtos, cujo crédito fiscal aproveitado pelo estabelecimento autuado decorre de entrada de mercadorias efetivamente tributadas pela filial remetente, a qual (filial remetente) não procedeu ao lançamento como crédito do valor do imposto destacado na nota fiscal de saída (estorno do débito).

Assim, defende a legitimidade do procedimento adotado com boa-fé, bem como por não ter implicado em prejuízo fiscal ao Estado da Bahia, visto que glosar o crédito seria punir triplamente o recorrente, com evidente enriquecimento ilícito e sem causa do Estado da Bahia, na medida em que: *i)* a filial remetente apurou e recolheu o ICMS supostamente de forma equivocada; ao passo em que *ii)* o direito da recorrente (filial de destino) ao uso do crédito fiscal correspondente restou flagrantemente negado; e ainda *iii)* lhe é cobrado o ICMS respectivo acrescido de multa de ofício, juros e multa de mora.

Ressalta, ainda, que não poderá exercer a conduta indicada na Decisão recorrida de que “*bastaria a filial remetente proceder ao lançamento à crédito do débito das saídas das mercadorias, pois esta é uma autorização concedida ao contribuinte, que poderá exercê-la dentro do período decadencial*”, visto que já se consumou na sua integralidade o prazo prescricional para a filial remetente proceder ao lançamento como crédito do valor do ICMS destacado nas notas fiscais de saída.

Diz que sacrificar o contribuinte em um contexto baseado em um benefício criado pelo Estado da Bahia para atrair investimentos, emprego e renda para o seu território, revela enorme injustiça

fiscal com o recorrente, do que pede que o presente processo seja julgado à luz da razoabilidade.

Da análise das razões recursais, verifica-se que, apesar de o contribuinte não ter cumprido o quanto determina o art. 3º do Decreto nº 11.396/08, ou seja, *“Ao estabelecimento comercial que promover saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1-A, fica vedada a utilização do crédito fiscal da entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída”*, restou comprovado através de diligência fiscal, insita às fls. 719 /720 dos autos, que, efetivamente, as filiais remetentes se debitaram nas operações de transferências saídas para o estabelecimento autuado e que o imposto debitado não foi objeto de estorno, conforme excerto a seguir transcrito:

“1 – Após apresentação dos livros e documentos solicitados, foi constatado que as filiais remetentes, não estornaram os débitos concernentes aos créditos indevidamente utilizados pelo estabelecimento autuado, também não estornaram os créditos fiscais das entradas e/ou transferências (conforme se pode verificar nas cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS em anexo fls. 311 a 377 deste PAF).”

“ 2 - Constatamos que, após análise dos Livros de Apuração do ICMS apresentados pela suplicante, há destaque do imposto nas operações de transferência para outros estabelecimentos. Informamos ainda, que o imposto debitado, não foi objeto de estorno nos respectivos períodos de apuração, conforme determina a legislação.

Outrossim, é válido asseverar, que nos exercícios de 2009 e 2010, a Autuada manteve os créditos fiscais das entradas em sua escrituração.”

Também foi afirmado pelo Supervisor da IFEP/Norte, às fls. 735/738 dos autos, que não identificou nenhum processo no qual o sujeito passivo tenha pretendido o crédito extemporâneo do valor do imposto destacado nas notas fiscais de transferência de mercadorias remetidas pelas suas filiais ao estabelecimento autuado, inerentes aos exercícios de 2009/2010, conforme previsto no art. 3º do Decreto nº 4.316/95.

Neste contexto específico ao caso concreto, concordo com o patrono do apelante que, em razão de tratar-se de período que já ocorreu a decadência (exercícios de 2009/2010), direcionar o sujeito passivo, no caso sua filial remetente, ao procedimento autônomo para utilização desses créditos do *valor do imposto destacado na nota fiscal de saída*, conforme previsto no art. 3º do Decreto nº 4.316/95, é o mesmo que negá-los, já que não haveria mais prazo para a sua utilização extemporânea. Em consequência, também neste caso específico, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, cabe à filial que recebeu as mercadorias transferidas se creditar do ICMS destacado na operação de transferência pela filial remetente.

Como já vivenciei em outros processos administrativos fiscais, com apoio da própria PGE, no caso, deve-se compensar os valores dos créditos com os débitos, já objeto de perda do direito de crédito, via estorno do débito, por decurso do prazo de peticionar à repartição fiscal, em respeito ao princípio da razoabilidade e justiça fiscal.

Ademais, tal procedimento, em que pese contrário ao quanto determinava à época o Decreto nº 4.316/95, nenhum prejuízo trouxe ao erário estadual. Pelo contrário, pois, caso o estabelecimento remetente tivesse estornado o débito nas respectivas operações e, em consequência, o estabelecimento autuado, da mesma forma procedesse, ou seja, não se creditando do ICMS destacado nas operações de transferência, mas se creditando do valor correspondente ao ICMS destacado nas suas operações subsequentes de vendas (estornando o débito), tal metodologia traria mais benefício ao contribuinte, eis que o estorno de débito sobre as vendas seriam em monta superior ao ICMS creditado nas operações de transferências (para compensação com o débito na venda, como procedeu), já que nas vendas existe valor agregado.

Em suma, atribuindo às operações tributação normal (crédito na entrada para compensação com débito na saída), cuja operação de venda agrega margem de valor adicionado, a diferença do ICMS a recolher será maior.

Diante de tais razões e considerando que do valor remanescente R\$192.463,69, demonstrado às fls.

526/567 dos autos, foi reconhecido e recolhido (fls. 581) o valor de R\$3.883,31, relativo às notas fiscais nº: 25823 de *setembro/09*, R\$37,38 (fl. 530); 2451 de *outubro/09*, R\$3.432,09 (fl. 530); 26351 de *dezembro/09*, R\$50,98 (fl. 532) e 26419 de *janeiro/10*, R\$362,86 (fl. 534), concluo pela subsistência parcial da infração no valor de R\$3.883,31, visto que restou comprovado pelo próprio autuante que em algumas operações o contribuinte não utilizou o crédito, as quais foram excluídas do levantamento fiscal, sendo objeto do Recurso de Ofício, e as demais foram operações de transferências (CFOP 1152), objeto de análise anterior.

Em consequência, concluo pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para alterar a data de vencimento da infração 2 para 08/04/2014, reduzindo a infração em 50% com base na aplicação do art. 158 do RPAF c/c art. 42, §7º da Lei nº 7014/96, e julgar procedente em parte a infração 8 no valor de R\$3.883,31.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269182.0002/14-6**, lavrado contra **RAMIRO CAMPELO COMÉRCIO DE UTILIDADES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$63.497,60**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.767,86; 70% sobre R\$18.489,91 e 100% sobre R\$37.239,83, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual de **R\$18.463,19**, prevista no inciso II, “d”, c/c §1º e por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$50.789,44**, prevista no inciso XIII-A, “i” da mesma Lei e artigo, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados o recolhimento do valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS