

PROCESSO - A.I. Nº 207351.0201/15-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DELFI CACAU BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0169-05/17
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0277-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO PERMANENTE. É cabível o crédito na proporção 1/48 mês, através CIAP, na forma da lei e o crédito fiscal não escriturado, no momento próprio, pode ser utilizado de forma extemporânea, conforme disposto na legislação própria. O autuado não comprovou o cumprimento das regras para a escrituração extemporânea, estatuídas no art. 101, RICMS/BA. Infração mantida em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/06/2015, para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$400.418,21, em decorrência da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. ICMS no valor de R\$223.843,78 e multa de 60%.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de infração, decisão unânime, sendo procedentes as infrações 2, 3, 4, 5 e 6 e parcialmente procedente a infração 1, objeto do Recurso de Ofício em tela, conforme o voto abaixo transcrito:

“VOTO

No mérito, o contribuinte concorda com as infrações 02, 04, 05 e 06, e por não haver controvérsias quando ao seu cometimento, ficam mantidas.

Quanto à infração 01, que decorre da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento os fatos apontados nos autos são os seguintes:

Consta nos autos, consoante documentos acostados pelo impugnante, que em 30/04/2014, a DELFI CACAU BRASIL LTDA, promoveu saídas de bens do ativo imobilizado, com a emissão da Nota Fiscal nº 32.354, natureza da operação: “Venda de Bem do Ativo Imobilizado”, CFOP 5.551, para o destinatário BARRY CALLEBAUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, emitente localizado em Itabuna, Bahia, e destinatário também localizado em Itabuna. A base de cálculo do ICMS perfaz R\$3.986.415,33 e ICMS de R\$677.690,61. (cópia do documento à fl. 101). Observo que no CFOP 5551, classificam-se neste código as vendas de bens integrantes do ativo imobilizado do estabelecimento.

Em 15.05.2014, a BARRY CALLEBAUT BRASIL IND. COM. DE PRODUTOS, PROMOVEU A “DEVOLUÇÃO DE COMPRA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, CFOP 5.553, cuja saída ocorreu por meio da NF 105, com destinatário a DELFI CACAU BRASIL LTDA, EMPRESA AUTUADA, no valor de R\$1.314.688,52 e ICMS de R\$223.497,05. Consta como descrição dos produtos “itens de Ativo Fixo”. No campo de informações adicionais estão contidas as informações complementares: “devolução referente NF 32.354 de 30/04/2014, Outras operações de entrada”. No CFOP 5.553, classificam-se neste código as devoluções de bens adquiridos para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento, cuja entrada foi classificada no código “1.551 – compra de bem para o ativo imobilizado”.

Em termos formais, as operações estão corretas, acobertadas por competentes documentos fiscais. Assim, com base nesses documentos, a então sociedade empresária DELFI CACAU creditou-se do ICMS relativo à devolução de itens do ativo fixo, promovida pela BARRY CALLEBAUT.

Contudo, em casos tais, há estrito regramento a ser cumprido, para as operações que envolvem o ativo imobilizado. Logo, a questão trazida à lide é de como deve proceder as duas empresas quanto ao creditamento do bem do ativo imobilizado, inclusive no Livro CIAP.

A BARRY CALLEBAUT, não poderia se apropriar do crédito no momento da entrada do bem no estabelecimento, mas poderia creditar-se do imposto relativo a essa entrada, no momento em que ocorreu a saída, tendo em vista que a saída de bem em devolução fica sujeita à incidência do ICMS (art. do RICMS).

A DELFI CACAU teria direito a se apropriar de algumas parcelas do crédito do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição desse ativo, na hipótese permitida, de 1/48 avos mensal, e, nesse caso o valor a ser escriturado por ocasião da sua devolução será apenas o da diferença entre o somatório das parcelas creditadas e aquele destacado na nota fiscal de entrada. (RICMS).

Destaco que para a BARRY, APÓS A DEVOLUÇÃO DO BEM, O FATOR DE APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DEIXA DE EXISTIR, POR TER SIDO A EMPRESA ADQUIRENTE. OUTRO PONTO IMPORTANTE A SER OBSERVADO É SE efetivamente OS BENS QUE FORAM OBJETO DE DEVOLUÇÃO TRATAM-SE DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO OU DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO? Terão direito ao crédito as mercadorias de revenda e os insumos que integram o produto final ou se consomem no processo produtivo. Por ocasião da edição da LC 87/96, houve um consenso político de que deveria ser concedida a possibilidade de crédito para os bens de produção, de forma a incentivar o setor produtivo e diminuir o “custo Brasil”. Assim, surge o crédito para bens do ativo imobilizado. Quanto ao crédito de material de uso e consumo, a previsão atual é que ocorra somente a partir de 1º de janeiro de 2020. Material de uso e consumo, cujo crédito é vedado, é aquele que não integra o produto final e não se consome imediata e integralmente no processo produtivo, e não é diretamente utilizado na comercialização. Logo, seriam materiais de uso e consumo do estabelecimento, material de limpeza, de manutenção, peças de reposição de veículos e de máquinas, material de escritório, ferramentais.

Vale lembrar que, em qualquer hipótese, o direito ao crédito está condicionado a que a saída ocorra com a tributação do ICMS, com as exceções previstas para os casos de manutenção de crédito fiscal.

Quanto ao crédito para o ativo permanente, a partir de 01/01/1996, é aceito o crédito das aquisições para o ativo permanente, com o objetivo de incrementar os investimentos no setor produtivo, vedado porém o crédito das aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento. (LC 97/96, art. 20, §§ 1; 2º).

Dessa forma, quanto aos créditos de ativo permanente, há a permissão para máquinas, veículos e equipamentos utilizados na produção e na comercialização, mas os bens administrativos são considerados alheios à atividade-fim da empresa.

Considerando o direito ao crédito de bens do ativo, a LC 102/00 alterou a LC 87/96, e a partir de janeiro de 2001, o contribuinte que adquirisse bem de ativo com direito a crédito, deveria exercer tal direito lançando uma parcela de 1/48, a cada mês. Assim, o crédito seria aproveitado gradativamente durante um período de quatro anos. Ademais, em cada lançamento mensal, o contribuinte deve estar atento para o fato de que, se houve saídas não tributadas ou isentas, o crédito deve ser proporcional. Ao final de quatro anos o contribuinte deve parar de se creditar e caso o bem seja vendido antes dos quatro anos, também deve parar de se creditar.

Chama a atenção a natureza da operação da qual o contribuinte autuado fez uso do crédito fiscal que lhe está sendo glosado. Consta no documento fiscal que trata-se de devolução, e reza o art. 453 do RICMS/2012 que “No caso de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo, ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas o valor correspondente será recuperado mediante lançamento no quadro “Crédito do imposto – Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS, pelo valor nominal, com a observação “diferença de alíquotas – mercadoria devolvida”, a menos que o imposto relativo à diferença de alíquotas já tenha sido utilizado como crédito”.

Foi solicitada em diligência para que a empresa apresentasse os itens que compõem a Nota Fiscal nº 32.354, cópias de fl. 101, cujo valor perfaz R\$3.986.415,33, com descrição dos produtos “itens do ativo fixo”, e ICMS destacado de R\$677.690,61.

A BARRY CALLEBAUT, sucessora da DELFI CACAU BRASIL, vem aos autos, fl. 334, e informa: “Em 30/04/2014, a empresa Delfi Cacau Brasil Ltda, (Delfi), expediu as Notas Fiscais de Saída nº 32.354 e 32.355 (CFOP 5.551 – Venda de bem do ativo imobilizado), já acostadas aos autos de R\$3.986.415,33 (três milhões, novecentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e quinze reais e trinta e três centavos) e R\$37.229.275,28 (trinta e sete milhões, duzentos e vinte e nove mil, duzentos e setenta e cinco reais e vinte e oito centavos). Sendo certo que procedeu o destaque do ICMS, no valor de R\$677.690,61, (somente na Nota Fiscal nº 32354), uma vez que os produtos integrantes da Nota Fiscal nº 32355 saíram sem incidência do referido imposto nos termos do art. 6º, VIII, do RICMS/BA.

Ou seja, que o ICMS não incide na saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação.

Nesse sentido elencou os 1.133 bens do ativo imobilizado da Delfi que integraram a NF 32.354 e foram transferidos à autuada.

De imediato cabe-me efetuar uma correção: A NF 32.354, foi emitida pela DELFI, em operação de venda do ativo imobilizado e teve como destinatário a BARRY CALLEBAUT, fato que destoa da informação acima de que “bens do ativo imobilizado da DELFI que integraram a Nota Fiscal n.º 32.354 e foram transferidos à Autuada”, já que a autuada é a DELFI.

Passa o informante a elencar os itens que fazem parte da nota fiscal de venda do ativo imobilizado n.º 32354, no valor de R\$1.314.688,52, e ICMS de R\$223. 497,05, lista de fl. 334, verso a 362, verso. Da sua leitura concluo que, tratam-se de materiais de uso e consumo, tais como eixo, engrenagem dentária, manga, Kit reparo, válvulas, acoplamento, notebook, bombas etc, que não têm o tratamento dispensado a bens do ativo imobilizado. Não geram direito ao crédito fiscal.

Outrossim, caso tenha saído bens do ativo fixo, por meio da nota fiscal emitida pela DELFI, não restou comprovado nos autos se esses bens foram adquiridos há menos de um ano da desincorporação, nem se realmente trata-se de bens do ativo e não de bens para uso e consumo do estabelecimento. Releva-se de importância este fato, na medida em que a empresa sucessora, Barry Callebaut utilizou os créditos fiscais provenientes de tais saídas, em momento antecedente e muito próximo de promover à sua sucessão pela empresa autuada, ou seja a DELFI CACAU.

Ademais, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, em operações em que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, destinada ao seu uso ou consumo somente a partir de 1º de janeiro de 2020, data prevista no artigo 33º, inciso I da Lei Complementar Federal n.º 87/96; referindo-se a mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte; recepcionado pelo artigo 29º, § 1º, inciso II da Lei Estadual n.º 7.014/96. Quanto ao fato de a sociedade empresária ser beneficiária do Programa Desenvolve, que trata do diferimento, não tem relevância para esta infração.

Por todo o exposto, em decorrência da insegurança quanto à acusação fiscal e se os materiais ou os bens que foram objeto das operações de saídas e das devoluções, são bens para uso e consumo, ou se bens do ativo fixo, em que têm tratamento fiscal diferenciado, julgo NULO este item da infração, para que seja efetivamente apurada qual a irregularidade que teria sido cometida pela sociedade empresária autuada. Aplico o art. 18, IV, a do RPAF/99, posto que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Neste ato represento à autoridade fazendária, para que o ato atingido pela nulidade seja repetido a salvo de falhas, ex vi do art. 21 do RPAF/99 (Decreto 7.629/99).

Quanto à operação relativa à **Nota Fiscal 01788986**, emitida em 17/08/2011, pela DELL Computadores do Brasil Ltda, localizada em São Paulo, referente à venda de produção própria de microcomputadores, software, cujo documento encontra-se copiado à fl. 290, com valor de R\$7.181,99, e ICMS de 423, o sujeito passivo utiliza-se desta nota fiscal de venda para justificar toda a operação na qual está sendo autuado.

É que emitiu a DELFI, em 03/04/2014, a **Nota Fiscal n.º 31661**, relativa à devolução de compra de bem para o ativo imobilizado, justificando a devolução referente à nota fiscal 01788986, da Dell Computadores, com ICMS destacado de R\$346,73. Justificou a devolução de compra por o produto não estar apresentando condições de uso – troca em garantia.

No mesmo mês, em 30/04/2014, a DELFI Cacau emitiu a **Nota Fiscal 032.376**, de entrada, anulando a Nota Fiscal 031661, que teria sido emitida com valor incorreto, como consta no campo de informações complementares, para a empresa Dell Computadores do Brasil Ltda, para documentar a devolução de microcomputador portátil da DELL.

Justifica o sujeito passivo que a DELFI ao perceber que a Nota Fiscal 31661 fora emitida com valor incorreto, emitiu a Nota Fiscal 32376, para anular o efeito do registro da saída produzida pela emissão da Nota Fiscal 31661, de modo a, posteriormente, emitir uma Nota Fiscal de devolução correta.

Esta nota fiscal a ser emitida posteriormente não foi trazida aos autos. Ademais, ocorre que a devolução de peças em garantia obedece a toda uma sistemática prevista no RICMS/2012, nos artigos 380 a 383, e neles não se enquadra o procedimento adotado pelo sujeito passivo, de devolver mercadoria após 4 anos de uso, sob o título de estarem em garantia. Fica mantida a exigência fiscal com relação a este item, com ICMS no valor de R\$346,73.

Fica procedente em parte a infração.

Na infração 03 consta a falta de registro nos livros fiscais do ingresso no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, quando está sendo exigida a multa de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo clama pela aplicação do parágrafo 7º do Art. 42 da Lei 7.014/96, o qual prevê que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Observe que nas operações de industrialização por encomenda, das quais foram emitidos os documentos fiscais com base de cálculo de R\$9.682.931,20 e de R\$6.898.187,75, que são os de maior valor dos relacionados à esta infração, não restou caracterizado que não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto, razão porque mantenho a multa no valor originariamente exigida. Remessas e retornos para industrialização têm que estar escrituradas nos competentes livros fiscais, para o controle do Fiscal. Procedente a infração, com adequação da multa, de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO EM SEPARADO (Nulidade parcial da infração 1 com fundamentação distinta)

Peço vênia para divergir em parte da ilustre relatora tão somente quanto à fundamentação da nulidade da exigência fiscal da infração 01. Neste item da acusação fiscal a imputação foi de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, totalizando a cobrança a cifra de R\$223.843,78.

Apesar de entender que parte dessa cobrança padece de nulidade, me valho de fundamentos distintos. Concentra-se a divergência exclusivamente na parte da cobrança que recaiu sobre a parcela dos créditos fiscais objeto da operação de devolução acobertada pela Nota Fiscal de saída nº 105, emitida pela empresa Barry Callebaut Brasil Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda, em 15/05/2014, com CFOP 5.553 – Devolução de compra de bem para o ativo imobilizado, com destaque de imposto no importe de R\$223.497,05 (doc. fl. 100). A operação de devolução em exame decorreu do desfazimento em parte das operações de venda de ativos fixos através da NF 32354, de 30/04/2014 (doc. fl. 101), emitida pela empresa ora autuada (Delfi Cacau Ltda). Na operação de venda através da NF 32354, houve destaque e lançamento a débito do ICMS na escrita fiscal do remetente do valor do ICMS incidente (R\$677.690,61). O destaque do ICMS decorreu do fato da operação de venda se referir à desincorporação de bens do ativo fixo da empresa remetente, fato que ocorreu antes do segundo ano de uso no estabelecimento, havendo incidência do imposto por força das disposições do § 5º, do art. 2º, do Dec. Estadual nº 8.205/2002, com o decorrente encerramento da fase de diferimento do ICMS proporcionado pelo benefício fiscal do DESENVOLVE.

A operação de devolução parcial, conforme já alinhado acima, se deu através da NF nº 105, emitida pela empresa Barry Callebaut Brasil Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda., com destaque de imposto no importe de R\$223.497,05.

A operação de devolução de mercadorias ou bens do ativo fixo não configura fato gerador autônomo e independente da operação de remessa anterior, que aquela desfaz. Desfeita a operação originária, no todo ou em parte, há que se restabelecer a situação fiscal existente anteriormente. Se a operação originária foi integralmente tributada, a operação subsequente de devolução desfaz os débitos lançados anteriormente, não se podendo aqui se estabelecer regramento de limitação do crédito à cota de 1/48 vigente para os bens do ativo permanente, visto que a operação de devolução não configura aquisição originária e sim desfazimento de operação anterior, a qual está intrinsecamente vinculada e seguindo o mesmo regime de escrituração de débitos e créditos. Portanto, o autuante incorreu em erro ao proceder aos estornos com base no entendimento de que as operações de venda e retorno por devolução envolviam circulação de bens do ativo fixo.

Observe, entretanto, que o autuante ao lavrar o Auto não cogitou em momento algum, na peça acusatória e nas subsequentes intervenções que fez no processo, de que os bens remetidos em vendas para a Barry Callebaut Brasil Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda, através da NF 32354, de 30/04/2014 (doc. fl. 101), emitida pela empresa ora autuada (Delfi Cacau Ltda), com desfazimento parcial da operação de comercial, via devolução, através da Nota Fiscal de saída nº 105, emitida pela empresa Barry Callebaut Brasil Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda, não constituíam itens integrantes das contas do ativo permanente das empresas envolvidas na transação comercial, conforme foi tangencialmente sinalizado no voto da Sra. Relatora. Entendimento diverso resultaria em modificar os fundamentos de fato e de direito de que se valeu o autuante para proceder à formalização do ato de lançamento.

Assim, somente em nova fiscalização nos estabelecimentos envolvidos nas operações se poderá avaliar com maior precisão e esmero se há no rol dos bens vendidos e posteriormente devolvidos itens que não ensejariam a tributação na operação de saída originária e na posterior devolução, com a decorrente apropriação de créditos fiscais na escrita do ICMS, de forma a se estabelecer a verdade real dos fatos e o devido enquadramento na legislação de regência do imposto. Há que se observar também que a empresa autuada (Delfi Cacau Ltda) foi incorporada pela empresa Barry Callebaut Brasil Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda, passando esta

última à condição de sucessora da sociedade empresária que figurou no polo passivo da relação processual tributária inaugurada com a lavratura do presente Auto de Infração.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela NULIDADE PARCIAL da exigência fiscal que integra o item 01 do presente lançamento de ofício, no tocante ao valor de R\$223.497,05, com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em relação à parte residual da infração 01, no importe de R\$346,73 e no tocante às demais ocorrências (infrações 02 a 06) acompanho integralmente o voto proferido pela Sra. Relatora, registrando que em relação às infrações 02, 04, 05 e 06, o contribuinte manifestou na peça defensiva sua concordância com os valores ali lançados, inclusive procedendo ao pagamento das parcelas correspondentes, no importe principal de R\$5.308,77, conforme atestam os relatórios anexados às fls. 314 a 316 dos autos. ”

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Analisarei neste momento, o Recurso de Ofício de que trata parcialmente da infração 1, onde discorre sobre “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento”, totalizando a cobrança de R\$223.497,05.

A infração 1 decorreu de um entendimento equivocado do Autuante, no que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado da empresa. A Autuada se defendeu explicando que a situação de fato, foi a seguinte:

“Em 30/04/2014, a DELFI CACAU BRASIL LTDA, promoveu saídas de bens do ativo imobilizado, com a emissão da Nota Fiscal nº 32.354, natureza da operação: “Venda de Bem do Ativo Imobilizado”, CFOP 5.551, para o destinatário BARRY CALLEBAUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, emitente localizado em Itabuna, Bahia, e destinatário também localizado em Itabuna. A base de cálculo do ICMS perfaz R\$3.986.415,33 e ICMS de R\$677.690,61. (Cópia do documento à fl. 101). Observo que no CFOP 5551, classificam-se neste código as vendas de bens integrantes do ativo imobilizado do estabelecimento.

Em 15.05.2014, a BARRY CALLEBAUT BRASIL IND. COM. DE PRODUTOS, PROMOVEU A “DEVOLUÇÃO DE COMPRA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, CFOP 5.553, cuja saída ocorreu por meio da NF 105, com destinatário a DELFI CACAU BRASIL LTDA, EMPRESA AUTUADA, no valor de R\$1.314.688,52 e ICMS de R\$223.497,05. Consta como descrição dos produtos “itens de Ativo Fixo”. No campo de informações adicionais estão contidas as informações complementares: “devolução referente NF 32.354 de 30/04/2014, Outras operações de entrada”. No CFOP 5.553, classificam-se neste código as devoluções de bens adquiridos para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento, cuja entrada foi classificada no código “1.551 – compra de bem para o ativo imobilizado”.

No julgamento de primeiro piso, entendo que o voto do Relator, pela nulidade da infração, está bem fundamentado, uma vez que, a Nota Fiscal de saída nº 105 fora registrada como uma devolução de compra de bem para o ativo imobilizado, tendo como objetivo anular o efeito da Nota Fiscal de Saída nº 32354.

A Nota Fiscal nº 32354, registrada como venda de bens do ativo imobilizado, ocorreu o destaque do imposto, uma vez que a DELFI era pessoa jurídica habilitada no DESENVOLVE, e teve o pagamento do imposto diferido para o momento da desincorporação do bem do seu ativo imobilizado, dando a possibilidade de tomada de crédito pela Nota Fiscal nº 105.

Neste sentido, ficou constatado que a operação de devolução em exame decorreu do desfazimento em parte das operações de venda de ativo fixo, através da Nota Fiscal nº 32354, de 30/04/2014.

O destaque do ICMS decorreu do fato da operação de venda se referir à desincorporação de bens do ativo fixo da empresa remetente, fato que ocorreu antes do segundo ano de uso no estabelecimento, havendo incidência do imposto por força das disposições do § 5º, do art. 2º, do Decreto Estadual nº 8.205/2002, com o decorrente encerramento da fase de diferimento do ICMS, proporcionado pelo benefício fiscal do DESENVOLVE. Pactuo com o julgamento da primeira

instância, quando diz:

“A operação de devolução de mercadorias ou bens do ativo fixo não configura fato gerador autônomo e independente da operação de remessa anterior, que aquela desfaz. Desfeita a operação originária, no todo ou em parte, há que se restabelecer a situação fiscal existente anteriormente. Se a operação originária foi integralmente tributada, a operação subsequente de devolução desfaz os débitos lançados anteriormente, não se podendo aqui se estabelecer regramento de limitação do crédito à cota de 1/48 vigente para os bens do ativo permanente, visto que a operação de devolução não configura aquisição originária e sim desfazimento de operação anterior, a qual está intrinsecamente vinculada e seguindo o mesmo regime de escrituração de débitos e créditos. Portanto, o autuante incorreu em erro ao proceder aos estornos com base no entendimento de que as operações de venda e retorno por devolução envolviam circulação de bens do ativo fixo”

Neste sentido, concordo com o posicionamento da 5ª JJF, quando votou pela nulidade parcial da exigência fiscal que integra a infração 1 do presente lançamento de ofício, com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Neste ato represento à autoridade fazendária, para que o ato atingido pela nulidade seja repetido a salvo de falhas, conforme art. 21 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo em sua inteireza a Decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0201/15-2**, lavrado contra **DELFI CACAU BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.422,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II “a”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por obrigações acessórias no valor de **R\$172.499,02**, previstas nos incisos IX e XI, da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato atingido pela nulidade seja repetido a salvo de falhas, conforme art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO- RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS