

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0003/18-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ANIXTER DO BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - ANIXTER DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0121-04/19
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇADO CRÉDITO A MAIOR NA ESCRITA FISCAL. Entende-se que, não havendo discussão quanto à origem e certeza do direito ao crédito, resta apenas o descumprimento de obrigações acessórias, e nos termos do Art. 157 do RPAF, “*verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*”, e já que o contribuinte não cumpriu as formalidades previstas na legislação, converto a infração em multa, nos termos do art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente procedente. Reformada a decisão recorrida de ofício. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Arguiu-se no Recurso Voluntário, que houve erro por parte do órgão julgador, e requer seja retificado, já que embora a infração tenha sido julgada improcedente, constou parte do valor na resolução. De fato, conforme exposto no Recurso de Ofício, a autuante manteve notas fiscais que o remetente deixou lançado na EFD, com saídas debitadas; contudo, a declaração com firma reconhecida de que o remetente realmente não vendeu as mercadorias, é prova de difícil contestação, visto a presunção de veracidade da declaração do contribuinte remetente, e que o débito do imposto pela saída, poderá ser estornado a qualquer tempo, desde que respeitado o prazo decadencial. Infração 8 improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, apresentados em relação à Decisão recorrida do presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, que lançou o valor de R\$485.687,90, inerentes aos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativos e documentos às fls. 17 a 308 dos autos, e CD/Mídia de fl. 309, em razão de 12 infrações, sendo objeto as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 2 – 01.02.74: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, em dezembro/2016 no valor de R\$6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, anexo II, à fl. 44. Lançado ICMS no valor de R\$6.650,08, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. RO

INFRAÇÃO 8 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização no valor total de R\$354.282,95, sendo em fevereiro/2014 no valor total de R\$194.301,91 e em novembro/2015 no valor total de R\$159.981,04, conforme Demonstrativo da Falta de Recolhimento da Antecipação Parcial de Notas Fiscais não Registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), anexo VIII, às fls. 65 a 78 dos autos. Lançado ICMS no valor de 354.282,95, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal. ROV

O autuado apresenta defesa, as fls. 333 a 344 dos autos, reconhece os itens 01, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 10, 11 e 12, que realizou o pagamento integral dos valores exigidos, se insurgindo tão somente quanto às infrações 2 e 8, onde requereu a improcedência. A autuante presta a informação fiscal, às fls. 431 a 439 dos autos, o sujeito passivo apresenta manifestação, às fls. 475/480, em resposta a manifestação do contribuinte, o autuante veio aos autos nas fls. 489/491. A Junta julgadora decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, sendo que a infração 2 foi improcedente e, a 8 pela procedência parcial, conforme se demonstra abaixo:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o qual exerceu o contribuinte seu direito de defesa com plenitude, em dois momentos do PAF, seja em sede de defesa, ou seja, em sede de manifestação à Informação Fiscal, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$429.909,97, relativo a nove irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$55.777,93, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$485.687,90, sendo impugnadas as infrações 2 e 8. Por sua vez, as infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 e 12, foram acatadas pelo defendente, inclusive com manifestação expressa nos autos, de que efetuou ou iria efetuar o pagamento dos valores reconhecido, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe apenas em relação às infrações 2 e 8 do presente PAF.

A infração 2 diz respeito à utilização a maior de crédito fiscal de ICMS, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra Unidade da Federação, no valor de R\$6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS, em dezembro de 2016, valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS, anexo II, à fl. 44 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$6.650,08, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, inc. II; art. 314; e art. 315 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa destaca, o sujeito passivo, que o crédito mencionado de R\$6.650,08, é, de fato, referente à antecipação do pagamento do ICMS incidente sobre a suposta aquisição de mercadorias de outras Unidades da Federação. No entanto, diz que a Fiscalização ignorou completamente que, após o efetivo recolhimento do imposto por antecipação, as referidas mercadorias, constantes da nota fiscal objeto da autuação, foram recusadas, o que ensejou ao direito ao crédito aqui defendido, nos termos expressamente previstos pelo § 1º do artigo 299 do RICMS. Diz que isso pode ser comprovado documentalmente pela Impugnante.

Destaca que a Nota Fiscal nº 21.543 (fl. 416) de emissão da AVAYA, seu fornecedor, apresenta valor total correspondente a R\$60.939,60 e o valor do ICMS destacado, por sua vez, corresponde a R\$3.709,65, conforme consta na nota fiscal colacionada no corpo da defesa à fl. 336 dos autos.

Diz que, conforme atesta o AIIM nº 232532.1135/12-7, também anexo à fl. 441, antes mesmo da entrada da mercadoria no território da Bahia foi exigido da Impugnante o pagamento de ICMS relativo à referida nota corresponde a R\$10.359,73, conforme consta do AIIM colacionado no corpo da defesa à fl. 337 dos autos.

Pontua, então, levando em conta que já havia sido destacado o crédito de R\$ 3.709,65, o valor do ICMS a pagar correspondeu exatamente a R\$ 6.650,08 de ICMS devido, subtraindo-se o valor recolhido na operação anterior. Esse valor, somado à “multa por infração” correspondente a R\$1.197,01, equivale a R\$ 7.847,09.

Diz, assim, que este referido valor foi integralmente recolhido aos cofres públicos estadual, conforme diz atestar com a guia de recolhimento e o comprovante de pagamento de fl. 338, também copiado no corpo da defesa de fl.338.

Neste contexto, diz que o direito ao crédito do valor recolhido antecipadamente, decorre, conforme já mencionado, da recusa do recebimento mercadorias, em que apresenta declaração de seu fornecedor à fl. 416 (doc. 04.3), que, também, destaca na forma de figura no corpo da defesa de fl.339 dos autos.

Em sede de informação fiscal, a agente Fiscal, diz que a presente infração refere-se à utilização a maior de crédito fiscal do imposto, relativo a antecipação parcial lançada na coluna “Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS,” no mês de dezembro de 2016, no valor de R\$9.093,76, tendo sido recolhido o valor de R\$2.443,68, cuja diferença, no valor de R\$6.650,08, não constava dos recolhimentos do período, conforme extrato de recolhimento anexo fl. 313 e 314 do processo.

Consigna que o art. 309, inc. II do RICMS/Ba, Decreto nº 13.780/12, prevê dentre as hipóteses de utilização do crédito fiscal, o valor do imposto antecipado parcialmente, cabendo sua escrituração no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos no Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Por sua vez, diz que o art. 314, inc. II do referido decreto, determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar o direito à utilização do crédito.

Diz observar, que o referido crédito correspondente a uma aquisição de mercadoria através da NFE nº 21543, emitida em 22/11/2012, cujo imposto por antecipação foi pago em 21/12/2012, através do auto de infração 232532.1135/12-7, lavrado em 26/11/2012, que foi apresentado pela autuada em sua defesa, cujo lançamento deveria ter sido feito à época, em dezembro/2012 ou janeiro/2013.

Registra, que a utilização fora do período, em dezembro/2016, quando já se passaram quatro anos do ocorrido, conforme prevê o art. 315 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, só seria permitida após autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não ocorreu.

Diante dos fatos, e uma vez não ter sido lançado o crédito no período correto, não poderia ter se apropriado em dezembro/2016, sem comunicar à Secretaria da Fazenda, e sem fazer constar do lançamento no livro RAICMS, que se referia a crédito fiscal extemporâneo, além do que, não restou comprovado a não utilização do mesmo anteriormente, cabendo-nos salientar que desconhecíamos a existência do referido documento fiscal, uma vez que o período fiscalizado foi de 2013 a 2016.

Pois bem! Da descrição de tudo até aqui destacado, trata-se, a infração 2, na realidade de glosa do uso extemporâneo de um crédito do ICMS pago por antecipação, decorrente da lavratura de Auto de Infração (AIIM), Modelo 4, no trânsito de mercadoria, em que à época dos fatos geradores, data de ocorrência 26/11/2012, haveria, o sujeito passivo, de ter procedido a movimentação da mercadoria pela NF 21.543, oriunda do Estado de São Paulo, acompanhada do DAE pago do imposto devido por antecipação, o que não assim procedendo, a Fiscalização de Trânsito de Mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, em 26/11/2012, lavrou o AIIM nº 232532.1135/12-7, cobrando o imposto antecipado devido na operação, em que a defendente efetuou seu pagamento na forma do DAE, constante da fl. 338 dos autos, na data de 21/12/2012, com todas as cominações legais devida na operação, conforme prevê a legislação.

Todavia, ao chegar a mercadoria no estabelecimento da defendente, este recusou seu recebimento, sendo assim, na forma da documentação acostada à fl. 339 dos autos, vê-se a emissão de uma nota fiscal de entrada nº 315, em 14/01/2013, pelo fornecedor da mercadoria a AVAYA, estabelecida em São Paulo, com Chave de Acesso constante do citado documento, dando entrada das mercadorias no seu estabelecimento, como assim estabelece a norma legal.

Nesse contexto, a lide resulta no fato da defendente, a empresa autuada, destinatária da mercadoria, ANIXTER DO BRASIL LTDA, Contribuinte Autuado, ter apropriado do crédito oriundo do pagamento do AIIM nº 232532.1135/12-7 em 21/12/2012, lançado de forma extemporânea em dezembro de 2016, quatro anos após sua ocorrência, sem tampouco ter autorização do titular da repartição fazendária da sua circunscrição

Assim dispõe o art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, sobre a permissão do uso do crédito de forma extemporânea, constituído na forma do art. 314, do citado diploma legal:

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. (Grifo acrescido)

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Como se pode ver da leitura dos dispositivos acima, de fato, a escrituração do crédito fora dos períodos de que

cuida o art. 314, dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não se tem nos autos. Neste contexto, vejo restar razão as considerações da autuante, no pedido pela manutenção da autuação.

Todavia, há de se destacar, em julgado deste CONSEF, inclusive de lavra de voto deste Relator, como é o caso do AIIM xxxx, de se autorizar a permissão do uso do crédito extemporâneo, desde que seja, de fato, líquido e certo a constituição direito ao crédito e o seu uso não tenha sido efetuado fora do prazo decadencial, o que é o caso no presente PAF.

Observa-se dos autos, que o crédito decorre do pagamento de um AIIM em que o sujeito passivo efetuou seu pagamento com todas as cominações legais exigíveis. Também, o crédito apropriado extemporaneamente foi realizado após decorrido quatro anos de sua ocorrência, portanto dentro do prazo em que não se imperou a decadência. Também, não há, nos autos, qualquer indício de que já teria sido usado tal crédito na sua escrita fiscal, vez que a ação fiscal abarca o período de 01/01/2013 a 31/12/2016, interregno de tempo em que a Fiscalização não identificou qualquer outra ocorrência que denotasse o uso de tal crédito, senão o objeto da presente autuação.

Neste contexto, manter a autuação, em relação ao item 2 do Auto de Infração (AIIM) em tela, por ter, o sujeito passivo, infringido apenas os termos do art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, dado o fato de não ter solicitado autorização do titular da repartição fazendária, para permitir o uso do crédito, entendendo que o Estado estaria obtendo um enriquecimento sem causa, infringindo um dos princípios gerais do direito, claramente destacado no art. 884 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Voto, portanto pela insubsistência da infração 2.

Por sua vez, a Infração 8, diz respeito a ter deixado, o defendente, de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização no valor total de R\$354.282,95, sendo em fevereiro do ano 2014, no valor total de R\$194.301,91, e em novembro de 2015, no valor total de R\$159.981,04, conforme Demonstrativo da Falta de Recolhimento da Antecipação Parcial de Notas Fiscais não Registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), anexo VIII, às fls. 65 a 78 dos autos. Lançado ICMS no valor de 354.282,95, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal.

Pontua o sujeito passivo, que as notas fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo seu fornecedor, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento, e nem mesmo haviam sido encomendadas. Tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador de ICMS.

Aduz que, apesar da impossibilidade de se fazer prova negativa (no sentido de que não houve operação no presente caso, ou de que não houve pagamento), reuniu todos os documentos aptos a afastarem as alegações, quais sejam:

- a. Cópias das notas fiscais de saída, emitidas por seu fornecedor, que ensejaram a cobrança do suposto débito relativamente ao mês de fevereiro do ano de 2014 (fl. 64) – mercadorias objeto da NFE de saída nº 1014 (fl. 418), com a respectiva devolução comprovada com a NF nº 1015 (fl. 419);*
- b. Obteve, junto ao seu fornecedor, declaração assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527 (fl. 422), 3537 (fl. 423) e 3547 (fl. 424), que ensejaram a cobrança do suposto débito em novembro do ano de 2015 (fl. 65), nunca foram entregues e que também não houve qualquer pagamento relativo a elas, comprovando-se que as operações ora questionadas nunca foram completadas na forma do documento de fl. 426 (doc. 05.1).*

Diante de tais provas e argumentos, diz verificar que não houve a efetiva “aquisição de mercadoria” apta a ensejar a cobrança de ICMS por antecipação, nos termos no artigo 12-A, da Lei nº 7.014 de 1996.

Consigna que o artigo 450 do RICMS/BA, prevê ainda que, nos casos em que a mercadoria não chega a ser recebida pelo adquirente; ou seja, se antes da assinatura do canhoto da nota fiscal, o adquirente percebe algum motivo que justifique o não recebimento da mercadoria, e simplesmente a recusa, não há a necessidade de se emitir um novo documento fiscal para proceder ao retorno da mercadoria ao remetente. O retorno se dará com a mesma nota fiscal que documentou a remessa, devendo ser mencionados os motivos da recusa da mercadoria. Dessa forma, diz verificar que não cometeu qualquer infração e tampouco deve o tributo ora cobrado.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, com relação à falta de recolhimento da antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, cujas notas fiscais não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), diz que cabe tecer as seguintes considerações:

- a) após exame da documentação apresentada pela autuada em sua defesa, pontua ter verificado, com relação a nota fiscal de entrada NFE nº 1014, emitida em 14/02/2014, que efetivamente as mercadorias constantes das mesmas foram devolvidas, uma vez ter sido comprovado através da emissão da NF nº 1015 em 17/02/2014, tendo sido substituída pelas NF nº 1020 e 1021 emitidas em 17/02/2014;*

- b) quanto à NF nº 3527, emitida em 20/11/2015, a NF nº 3537, de 23/11/2015 e a NF nº 3547, de 24/11/2015, informa que o contribuinte não comprovou que efetivamente não recebeu as mercadorias constantes dos respectivos documentos fiscais, sua devolução ou cancelamento, tendo as mesmas sido autorizadas.
- c) salienta que a autuada deixou de registrar na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), diversas notas fiscais de entradas, tendo inclusive reconhecido como devido a multa pela falta de registro das NF's nº 3527, 3537 e 3547, conforme demonstrativos anexo fls. 222 a 230 do processo, infrações nº 11 e 12 do auto de infração.
- d) informa que, a empresa fornecedora registrou na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) tais vendas, conforme Livro Registro de Saídas, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS, fotocópias que ora anexa ao presente processo.
- e) Diz retificar o procedimento fiscal, ficando reduzido o total do débito da presente infração de R\$354.282,95, para R\$159.981,04, conforme descrição a seguir:

Data Ocorr	Vlr Devido AIIM	Vlr Devido Real	Diferença
28/02/2014	194.302,91	0,00	0,00
30/11/2015	159.981,04	159.981,04	159.981,04

Voltando aos autos, às fls. 475/480, Com relação ao item 8, diz que não merecem prosperar as alegações da d. Auditora Fiscal para sua manutenção parcial. O item 8 deve ser completamente cancelado, em razão dos fatos e direito a seguir detalhado.

Em primeiro lugar, pontua que não merece prosperar, de forma alguma, o argumento de que “a Impugnante deixou de registrar referidas notas fiscais na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive reconhecido como devida a multa pela falta de registro dessas notas, conforme demonstrativos anexos às fls. 222 a 230 deste processo”.

Diz que, em momento algum, reconheceu que deveria ter escriturado as referidas notas. Os itens 11 e 12 deste Auto de Infração foram, de fato, quitados. No entanto, isso não implica em reconhecimento de quaisquer infrações, mas apenas que optou por não discutir referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quita-los. Destaca que isso fica bem claro em sua defesa, conforme trecho a seguir destacado:

“Com relação às infrações descritas nos itens “01 – 01.02.10”, “03 – 02.01.03”, “04 – 03.02.02”, “05 – 03.02.03”, “06 – 03.02.16”, “07 – 07.14.01”, “09 – 07.15.05”, , “11 – 16.01.01” e “12 – 16.01.02”, a Impugnante esclarece que realizou o pagamento integral dos valores exigidos por meio de tais itens e que realizará o pagamento do item “10 – 12.01.01” em 30.11.2018. Assim, requer seja determina a extinção de referidos créditos tributários, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional (“CTN”).”

Assim, diz que não há que se falar em confissão de quaisquer infrações relativamente às NF's nº 3527, 3537 e 3547.

Além disso, destaca que tampouco colabora para a manutenção deste item o entendimento de que “a empresa fornecedora registrou tais vendas na sua Escrituração Fiscal Digital, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS”. Diz que, se a empresa fornecedora registrou mercadorias que sequer saíram de seu estabelecimento, ou, se foram endereçadas a destinatário diverso, deve-se fiscalizar o estabelecimento da fornecedora. Observa que não possui meios de fazer provas negativas, de que “não recebeu as mercadorias”. Por outro lado, inexistem quaisquer provas do suposto recebimento.

Dessa forma, diz que não há que se falar na falta de recolhimento de ICMS em um caso que, repita-se, as Notas Fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo fornecedor da Impugnante, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento e nem mesmo haviam sido encomendadas, e em que tampouco houve pagamento, inexistindo, portanto, circulação de mercadoria e o fato gerador do imposto.

E para comprovar tal afirmação, diz que foi juntado os autos a declaração do próprio fornecedor, assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527, 3537 e 3547 nunca foram entregues, demonstrando-se, portanto, que as operações ora questionadas nunca foram completadas (fl. 426).

Dessa forma, diz verificar que sequer poderia ser exigido da Impugnante que registrasse na primeira via da nota fiscal e conhecimento de transporte, o motivo da recusa da mercadoria, nos termos do artigo 450 do RICMS/BA (conforme consta no parecer da d. Auditora Fiscal), pois não teve conhecimento da suposta remessa de referidas mercadorias ao seu estabelecimento.

Ante todo o exposto, diz reiterar integralmente os termos de sua Impugnação e, especialmente, seu pedido para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração ou, caso este d. Órgão Julgador não reconheça a nulidade, que seja reconhecida a improcedência do trabalho fiscal, ante as razões específicas lançadas e a documentação apresentada nesses autos, que comprova o direito alegado.

Compulsando detidamente os autos, vê-se, de fato, em relação à data de ocorrência 28/02/2014, do item 8 do Auto de Infração em análise, como assertivamente posicionou a autuante, em sede de Informação Fiscal, a operação de aquisição de mercadoria, objeto da NF 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, não fora concretizada, sendo procedente sua exclusão da autuação.

Relativamente à data de ocorrência de 30/11/2015, que diz respeito à operação de aquisição de mercadoria, objeto das NF 3527, 3537 e 3547, também, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, vê-se a declaração, à fl. 426 dos autos, de que as operações não foram concretizadas, ou seja, os produtos/mercadorias relacionados nas citadas notas fiscais nunca foram entregues, nem tampouco houvera qualquer pagamento relacionado às citadas operações.

Por si só, dado a característica da operação, com a declaração documental do fornecedor de que, de fato, as operações não foram concretizadas, associado ao fato da semelhança com a ocorrência de 28/02/2014, a qual foi inteiramente elidida, convenço-me de que não se tem certeza de que as operações, que fazem parte integrante do lançamento da ocorrência de 30/11/2015, foram efetivamente realizadas, ensejando a cobrança do ICMS antecipação parcial na forma que dispões o artigo 12-A da Lei 7.014/96.

O fato da defendente, ter efetuado o pagamento do item 11 da autuação, que diz respeito à entrada no estabelecimento, de mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, e por constar do seu demonstrativo de débito a NF's nº 3527, 3537 e 3547, não implica o reconhecimento da entrada dessas mercadorias no seu estabelecimento. Há de se considerar outras variáveis, como a destacada pelo sujeito passivo, em sede de defesa, que optou por não discutir os referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quitá-los.

Aliás, tanto é verdade esse entendimento, que a nota fiscal de saída de nº 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, que diz respeito à data de ocorrência de 28/02/2014, deste item 8 do AIIM, a qual foi elidida com a comprovação da emissão da nota fiscal de entrada de nº 1015, emitida pelo próprio fornecedor, na forma acima destacado, também consta do demonstrativo de débito do item 11 da autuação (fl. 225), que foi pago pela defendente, não implica no reconhecimento da entrada no seu estabelecimento, como assim, equivocadamente, manifesta a i. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal.

Considerando ausente nos autos elementos probantes, demonstrando que a operação de aquisição das mercadorias, objeto das NF's nº 3527, 3537 e 3547, foi concretizada, ensejando portanto a cobrança do ICMS antecipação parcial por entrada de mercadorias no estabelecimento da defendente, para fins de comercialização na forma que dispõe o artigo 12-A da Lei 7.014/96, entendo improceder a exigência, relativa à data de ocorrência de 30/11/2015, contida neste item 8 da autuação.

Em conclusão, torna-se totalmente improcedente este item da autuação. Infração 8 insubsistente.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração:

INF	RESULTADO	VLR.HISTÓRICO	VLR.JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	9.100,32	9.100,32	150%
02	IMPROCEDENTE	6.650,08	0,00	60%
03	PROCEDENTE	4.411,38	4.411,38	60%
04	PROCEDENTE	3861,13	3.861,13	60%
05	PROCEDENTE	1.064,75	1064,75	60%
06	PROCEDENTE	261,02	261,02	60%
07	PROCEDENTE	2.689,08	2.689,08	150%
08	PROC.PARTE	354.282,95	159.981,04	60%
09	PROCEDENTE	17.980,96	17.980,96	60%
10	PROCEDENTE	47.580,26	47.580,26	60%
11	PROCEDENTE	25.909,03	25.909,03	1%
12	PROCEDENTE	11.896,94	11896,92	1%
	TOTAL	485.687,90	284.735,89	

VOTO DIVERGENTE – INFRAÇÃO 02

Com a devida vênia, dirijo do entendimento do i. Relator esposado em seu voto em relação a infração 02, pois estou convencido que a acusação é procedente e, portanto, deve ser mantida a exigência fiscal.

Isto porque, de acordo com o que foi relatado, em 26/11/2012, foi expedido contra o autuado, pela fiscalização no trânsito de mercadorias, o Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, no valor histórico de R\$6.650,08, ao qual foi adicionada multa por infração de R\$1.197,01, totalizando a quantia de R\$7.847,09, que foi paga pelo autuado em 21/12/2012. Esta autuação decorreu da falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial relacionada a Nota Fiscal nº 21.543, oriunda do Estado de São Paulo.

Tendo em vista que o recebimento da mercadoria relacionada ao mencionado documento fiscal foi recusado pelo autuado, o emitente da mesma, no caso o fornecedor estabelecido em São Paulo, emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 315, em 14/01/2013, efetivando, assim, o desfazimento da operação. Não existe dúvidas quanto a isto.

Ocorre, entretanto, que o autuado, sem qualquer embasamento legal, em dezembro/2016, quatro anos após o desfazimento da operação original, lançou em sua escrita fiscal o crédito extemporâneo no valor de R\$6.650,08 a título de antecipação parcial sobre operação que não foi efetivada, eis que, comprovadamente, não recebeu a mercadoria relacionada ao suposto crédito lançado. Ao que consta, não fez qualquer menção ao Auto de

Infração, real motivo do lançamento que efetuou,

Com isto, o que se tem nestes autos é que o autuado efetuou de forma indevida, o pagamento do Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, em 21/12/2012 e, nesta circunstância, caberia ao mesmo ter ingressado, à época própria, ou em período anterior a efetivação da decadência, com pedido de restituição de indébito ou, ao invés de efetuar o pagamento do referido A.I., deveria ter ingressado com impugnação, o que não o fez.

Não é possível, portanto, sob o ponto de vista regulamentar, após decorrido tanto tempo, lançar de forma extemporânea em sua escrita fiscal, crédito, a título de antecipação parcial, porém, sem estar expresso no lançamento que foi decorrente de pagamento de Auto de Infração sobre operação que não se efetivou, com claro intuito de recuperar o imposto que foi pago indevidamente sobre o citado Auto de Infração, o que só seria possível, repito, mediante pedido de restituição de indébito, à época própria.

Correta a exigência fiscal. Infração procedente.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

O contribuinte inconformado com a decisão interpôs com Recurso Voluntário às fls. 531/534, inicialmente chama atenção ao acórdão da 4ª JJF a: (i) necessidade de retificação do cálculo que consta no acórdão, a fim de atender ao resultado do julgamento (cancelamento dos itens 2 e 8); (ii) requer o reconhecimento da extinção dos débitos relativos aos itens 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 e 12, uma vez que tais itens foram integralmente quitados, conforme comprovantes de pagamento anexos.

Alega pela retificação dos valores remanescente em relação às infrações 2 e 8, no qual foram parcialmente procedentes.

Salienta que no item 8 - relativo a valores supostamente não recolhidos de ICMS por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados, no valor total de R\$ 354.282,95. Este valor se refere a dois fatos geradores diferentes: “Fevereiro de 2014, no valor de R\$ 194.301,91 e Novembro de 2015, no valor de R\$ 159.981,04”.

Discorre que após extensa análise quanto à subsistência deste item, pede pela improcedência, esclarecendo que na decisão de Primeira Instância reconheceu a improcedência da infração 8. Destaca que este Órgão Julgador analisou especificamente ambos os fatos geradores abrangidos pelo item “8” e reconheceu a insubsistência de ambos, restando, deste modo, canceladas os débitos relativos aos itens “a” e “b”, acima mencionados.

Refuta que ao final do acórdão, restou consignado que o valor devido, após o cancelamento dos itens 2 e 8, seria de R\$ 284.735,89, acrescidos das multas e acréscimos moratórios.

Afirma que verificou, no entanto, que esse valor, equivocadamente, abarcou parte do item 8 (R\$ 159.981,04 referente a novembro/2015 - item “b”), não obstante tal infração ter sido afastada integralmente.

Infere sobre o cálculo que consta ao final do voto foi realizado como se apenas tivessem sido cancelados os valores referentes a um dos fatos geradores (Fevereiro de 2014, no valor de R\$ 194.301,91), restando incólume a autuação referente à ocasião de novembro de 2015 no valor de R\$ 159.981,04, conforme fica evidente a partir do trecho do voto recorrido.

Assinala a contradição com o que foi exposto ao longo do voto, o qual, fundamentadamente, julgou totalmente improcedente o item 8 da autuação, pode-se concluir que tal fato foi decorrente de erro por parte do r. Órgão Julgador ao transcrever o Auto de Infração consolidado após os cancelamentos.

Aponta que o valor correto é de R\$124.754,85, referente à soma dos valores dos itens não impugnados pela autuada. Junta tabela dos valores remanescente. Requer que seja retificado o valor indevidamente consolidado a fim de que se leve em conta o cancelamento integral do item 8.

Defende sobre o pagamento dos demais itens da Autuação. Esclarece que desde a Impugnação apresentada, apenas os itens 2 e 8 do Auto de Infração foram contestados. E com relação aos

demais itens, optou por não os impugnar, quitando-os integralmente a partir do benefício concedido pelo Acordo Legal 2018 (Lei Estadual nº 14.016/2018 – Doc. 01).

Ressalta que o referido acordo previu a redução de multas por infração, acréscimos moratórios e honorários, relativos ao ICMS, referentes a fatos geradores ocorridos até 31/12/2017, para débitos inscritos ou não em Dívida Ativa, desde que o pagamento fosse efetuado em moeda corrente até 21.12.2018, nos seguintes termos:

- Redução de multas por infrações e acréscimos moratórios em 90% para pagamento integral à vista e redução dos honorários em 50%;
- Redução de 70% das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias.

Assinala que as guias para pagamento dos valores com a aplicação do benefício acima foram obtidas por meio de contato direto com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia via e-mail, e foram geradas a partir de consulta específica, por parte dos funcionários da Administração fazendária, das pendências referentes ao Auto de Infração nº 2068810003/18-0 (Doc. 02).

Destaca que efetuou o pagamento da seguinte forma: com relação às infrações descritas nos itens 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 e 12, realizou o pagamento integral em 30.11.2018, nos valores de R\$2.581,64 e R\$ 37.287,77 (Doc. 03); e com relação à infração do item 10, realizou o pagamento integral em 29.11.2018, no valor de R\$ 51.880,71 (Doc. 04).

Dado que, na instância anterior, julgou a autuação Procedente em Parte (02.08.2019) os valores referentes aos itens 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 e 12, conforme demonstrado, já haviam sido devidamente pagos. Requer que seja determinada a extinção dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 156, I do Código Tributário Nacional (“CTN”).

VOTO

Tratam ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, da infração 2, que foi julgada improcedente, e também a 8, julgada insubsistente, mas lançada na resolução como sendo uma Procedência Parcial, e inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o contribuinte recorreu, arguindo a total improcedência, pedindo a correção do julgamento.

De início, aprecio o Recurso de Ofício.

INFRAÇÃO 2 – 01.02.74: Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, em dezembro/2016 no valor de R\$6.650,08, tendo lançado na coluna Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS valor superior ao recolhido, conforme Demonstrativo do Crédito Utilizado a Maior no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Diz o voto vencedor:

Que pela defesa do sujeito passivo, o crédito mencionado de R\$6.650,08, é, de fato, referente à antecipação do pagamento do ICMS incidente sobre a suposta aquisição de mercadorias de outras Unidades da Federação. No entanto, diz que a Fiscalização ignorou completamente que, após o efetivo recolhimento do imposto por antecipação, as referidas mercadorias, constantes da nota fiscal objeto da autuação, foram recusadas, o que ensejou ao direito ao crédito aqui defendido, nos termos expressamente previstos pelo § 1º do artigo 299 do RICMS. Diz que isso pode ser comprovado documentalmente pela Impugnante.

Destaca que a Nota Fiscal nº 21.543 (fl. 416) de emissão da AVAYA, seu fornecedor, apresenta valor total correspondente a R\$60.939,60 e o valor do ICMS destacado, por sua vez, corresponde a R\$3.709,65, conforme consta na nota fiscal colacionada no corpo da defesa à fl. 336 dos autos.

Diz que, conforme atesta o AIIM nº 232532.1135/12-7, também anexo à fl. 441, antes mesmo da entrada da mercadoria no território da Bahia foi exigido da Impugnante o pagamento de ICMS relativo à referida nota corresponde a R\$10.359,73, conforme consta do AIIM colacionado no corpo da defesa à fl. 337 dos autos.

Pontua, então, levando em conta que já havia sido destacado o crédito de R\$ 3.709,65, o valor do ICMS a pagar correspondeu exatamente a R\$ 6.650,08 de ICMS devido, subtraindo-se o valor recolhido na operação anterior. Esse valor, somado à “multa por infração” correspondente a R\$1.197,01, equivale a R\$ 7.847,09.

Diz, assim, que este referido valor foi integralmente recolhido aos cofres públicos estadual, conforme diz atestar com a guia de recolhimento e o comprovante de pagamento de fl. 338, também copiado no corpo da defesa de fl.338.

Neste contexto, diz que o direito ao crédito do valor recolhido antecipadamente, decorre, conforme já mencionado, da recusa do recebimento mercadorias, em que apresenta declaração de seu fornecedor à fl. 416 (doc. 04.3), que, também, destaca na forma de figura no corpo da defesa de fl.339 dos autos. (Sic)

Em sede de informação fiscal, a agente Fiscal, diz que a presente infração refere-se à utilização a maior de crédito fiscal do imposto, relativo a antecipação parcial lançada na coluna “Outros Créditos do Livro Registro de Apuração do ICMS”, no mês de dezembro de 2016, no valor de R\$9.093,76, tendo sido recolhido o valor de R\$2.443,68, cuja diferença, no valor de R\$6.650,08, não constava dos recolhimentos do período, conforme extrato de recolhimento anexo fl. 313 e 314 do processo.

Consigna que o art. 309, inc. II do RICMS/Ba, Decreto nº 13.780/12, prevê dentre as hipóteses de utilização do crédito fiscal, o valor do imposto antecipado parcialmente, cabendo sua escrituração no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos no Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Por sua vez, diz que o art. 314, inc. II do referido decreto, determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar o direito à utilização do crédito.

Diz observar, que o referido crédito correspondente a uma aquisição de mercadoria através da NFE nº 21543, emitida em 22/11/2012, cujo imposto por antecipação foi pago em 21/12/2012, através do auto de infração 232532.1135/12-7, lavrado em 26/11/2012, que foi apresentado pela autuada em sua defesa, cujo lançamento deveria ter sido feito à época, em dezembro/2012 ou janeiro/2013.

Registra, que a utilização fora do período, em dezembro/2016, quando já se passaram quatro anos do ocorrido, conforme prevê o art. 315 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, só seria permitida após autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não ocorreu.

Diante dos fatos, e uma vez não ter sido lançado o crédito no período correto, não poderia ter se apropriado em dezembro/2016, sem comunicar à Secretaria da Fazenda, e sem fazer constar do lançamento no livro RAICMS, que se referia a crédito fiscal extemporâneo, além do que, não restou comprovado a não utilização do mesmo anteriormente, cabendo-nos salientar que desconhecíamos a existência do referido documento fiscal, uma vez que o período fiscalizado foi de 2013 a 2016.

Pois bem! Da descrição de tudo até aqui destacado, trata-se, a infração 2, na realidade de glosa do uso extemporâneo de um crédito do ICMS pago por antecipação, decorrente da lavratura de Auto de Infração (AIIM), Modelo 4, no trânsito de mercadoria, em que à época dos fatos geradores, data de ocorrência 26/11/2012, haveria, o sujeito passivo, de ter procedido a movimentação da mercadoria pela NF 21.543, oriunda do Estado de São Paulo, acompanhada do DAE pago do imposto devido por antecipação, o que não assim procedendo, a Fiscalização de Trânsito de Mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, em 26/11/2012, lavrou o AIIM nº 232532.1135/12-7, cobrando o imposto antecipado devido na operação, em que a defendente efetuou seu pagamento na forma do DAE, constante da fl. 338 dos autos, na data de 21/12/2012, com todas as cominações legais devida na operação, conforme prevê a legislação.

Todavia, ao chegar a mercadoria no estabelecimento da defendente, este recusou seu recebimento, sendo assim, na forma da documentação acostada à fl. 339 dos autos, vê-se a emissão de uma nota fiscal de entrada nº 315, em 14/01/2013, pelo fornecedor da mercadoria a AVAYA, estabelecida em São Paulo, com Chave de Acesso constante do citado documento, dando entrada das mercadorias no seu estabelecimento, como assim estabelece a norma legal.

Nesse contexto, a lide resulta no fato da defendente, a empresa autuada, destinatária da mercadoria, ANIXTER DO BRASIL LTDA, Contribuinte Autuado, ter apropriado do crédito oriundo do pagamento do AIIM nº 232532.1135/12-7 em 21/12/2012, lançado de forma extemporânea em dezembro de 2016, quatro anos após sua ocorrência, sem tampouco ter autorização do titular da repartição fazendária da sua circunscrição.

Assim dispõe o art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, sobre a permissão do uso do crédito de forma extemporânea, constituído na forma do art. 314, do citado diploma legal:

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. (Grifo acrescido)

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o

contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Como se pode ver da leitura dos dispositivos acima, de fato, a escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314, dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, o que não se tem nos autos. Neste contexto, vejo restar razão as considerações da autuante, no pedido pela manutenção da autuação.

Todavia, há de se destacar, em julgado deste CONSEF, inclusive de lavra de voto deste Relator, como é o caso do AIIM, de se autorizar a permissão do uso do crédito extemporâneo, desde que seja, de fato, líquido e certo a constituição direito ao crédito e o seu uso não tenha sido efetuado fora do prazo decadencial, o que é o caso no presente PAF.

Observa-se dos autos, que o crédito decorre do pagamento de um AIIM em que o sujeito passivo efetuou seu pagamento com todas as cominações legais exigíveis. Também, o crédito apropriado extemporaneamente foi realizado após decorrido quatro anos de sua ocorrência, portanto dentro do prazo em que não se imperou a decadência. Também, não há, nos autos, qualquer indício de que já teria sido usado tal crédito na sua escrita fiscal, vez que a ação fiscal abarca o período de 01/01/2013 a 31/12/2016, interregno de tempo em que a Fiscalização não identificou qualquer outra ocorrência que denotasse o uso de tal crédito, senão o objeto da presente autuação.

Neste contexto, manter a autuação, em relação ao item 2 do Auto de Infração (AIIM) em tela, por ter, o sujeito passivo, infringido apenas os termos do art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, dado o fato de não ter solicitado autorização do titular da repartição fazendária, para permitir o uso do crédito, entendendo que o Estado estaria obtendo um enriquecimento sem causa, infringindo um dos princípios geral do direito, claramente destacado no art. 884 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Voto, portanto pela insubsistência da infração 2.

VOTO DIVERGENTE – INFRAÇÃO 02

Com a devida vênia, divirjo do entendimento do i. Relator esposado em seu voto em relação a infração 02, pois estou convencido que a acusação é procedente e, portanto, deve ser mantida a exigência fiscal.

Isto porque, de acordo com o que foi relatado, em 26/11/2012, foi expedido contra o autuado, pela fiscalização no trânsito de mercadorias, o Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, no valor histórico de R\$6.650,08, ao qual foi adicionada multa por infração de R\$1.197,01, totalizando a quantia de R\$7.847,09, que foi paga pelo autuado em 21/12/2012. Esta autuação decorreu da falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial relacionada a Nota Fiscal nº 21.543, oriunda do Estado de São Paulo.

Tendo em vista que o recebimento da mercadoria relacionada ao mencionado documento fiscal foi recusado pelo autuado, o emitente da mesma, no caso o fornecedor estabelecido em São Paulo, emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 315, em 14/01/2013, efetivando, assim, o desfazimento da operação. Não existe dúvidas quanto a isto.

Ocorre, entretanto, que o autuado, sem qualquer embasamento legal, em dezembro/2016, quatro anos após o desfazimento da operação original, lançou em sua escrita fiscal o crédito extemporâneo no valor de R\$6.650,08 a título de antecipação parcial sobre operação que não foi efetivada, eis que, comprovadamente, não recebeu a mercadoria relacionada ao suposto crédito lançado. Ao que consta, não fez qualquer menção ao Auto de Infração, real motivo do lançamento que efetuou,

Com isto, o que se tem nestes autos é que o autuado efetuou de forma indevida, o pagamento do Auto de Infração nº 232532.1135/12-7, em 21/12/2012 e, nesta circunstância, caberia ao mesmo ter ingressado, à época própria, ou em período anterior a efetivação da decadência, com pedido de restituição de indébito ou, ao invés de efetuar o pagamento do referido A.I., deveria ter ingressado com impugnação, o que não o fez.

Não é possível, portanto, sob o ponto de vista regulamentar, após decorrido tanto tempo, lançar de forma extemporânea em sua escrita fiscal, crédito, a título de antecipação parcial, porém, sem estar expresso no lançamento que foi decorrente de pagamento de Auto de Infração sobre operação que não se efetivou, com claro intuito de recuperar o imposto que foi pago indevidamente sobre o citado Auto de Infração, o que só seria possível, repito, mediante pedido de restituição de indébito, à época própria.

Correta a exigência fiscal. Infração procedente.

Como se vê, o Recorrente pagou auto de infração, em situação que era cabível a defesa, pois pelas circunstâncias que conhecemos, no trânsito de mercadorias não é incomum o contribuinte assim agir, diante de valores módicos - preferir pagar para resolver a situação de imediato, pois o transporte fica interrompido, inclusive com mercadorias de outros contribuintes, gerando toda ordem de transtornos.

Caberia sim, o Recurso para repetição de indébito de valor equivalente ao lançamento, como

também o registro do crédito, um modo muito mais prático e fácil de restituição. Entendo que não havendo discussão quanto à origem e certeza do direito ao crédito, resta apenas o descumprimento de obrigações acessórias, e nos termos do Art. 157 do RPAF, “*verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*” e já que o contribuinte não cumpriu as formalidades previstas na legislação, converto a infração em multa, nos termos do art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96:

XXII - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

Assim, reformo a decisão recorrida, mantendo a improcedência do imposto lançado, no valor de R\$6.650,08, contudo aplicando a multa acima.

Infração 2 parcialmente procedente. Reformada a Decisão recorrida de ofício.

A Infração 8, também recorrida de ofício, foi julgada improcedente, e decorre supostamente, de não se efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, no valor total de R\$354.282,95.

A impugnação justificou, que as notas fiscais que teriam dado origem à exigência foram emitidas pelo seu fornecedor, mas as mercadorias sequer foram remetidas para seu estabelecimento, e nem mesmo haviam sido encomendadas, e sequer houve a circulação de mercadorias e o fato gerador de ICMS, e que sendo esta uma prova negativa, reuniu todos os documentos aptos a afastarem as alegações, quais sejam:

- c. *Cópias das notas fiscais de saída, emitidas por seu fornecedor, que ensejaram a cobrança do suposto débito relativamente ao mês de fevereiro do ano de 2014 (fl. 64) – mercadorias objeto da NFE de saída nº 1014 (fl. 418), com a respectiva devolução comprovada com a NF nº 1015 (fl. 419);*
- d. *Obteve, junto ao seu fornecedor, declaração assinada por representante legal, atestando que as mercadorias objeto das Notas Fiscais 3527 (fl. 422), 3537 (fl. 423) e 3547 (fl. 424), que ensejaram a cobrança do suposto débito em novembro do ano de 2015 (fl.65), nunca foram entregues e que também não houve qualquer pagamento relativo a elas, comprovando-se que as operações ora questionadas nunca foram completadas na forma do documento de fl. 426 (doc. 05.1).*

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, com relação à falta de recolhimento da antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, cujas notas fiscais não foram registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), diz que cabe tecer as seguintes considerações:

- f) *após exame da documentação apresentada pela autuada em sua defesa, pontua ter verificado, com relação a nota fiscal de entrada NFE nº 1014, emitida em 14/02/2014, que efetivamente as mercadorias constantes das mesmas foram devolvidas, uma vez ter sido comprovado através da emissão da NF nº 1015 em 17/02/2014, tendo sido substituída pelas NF nº 1020 e 1021 emitidas em 17/02/2014;*
- g) *quanto à NF nº 3527, emitida em 20/11/2015, a NF nº 3537, de 23/11/2015 e a NF nº 3547, de 24/11/2015, informa que o contribuinte não comprovou que efetivamente não recebeu as mercadorias constantes dos respectivos documentos fiscais, sua devolução ou cancelamento, tendo as mesmas sido autorizadas.*
- h) *salienta que a autuada deixou de registrar na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), diversas notas fiscais de entradas, tendo inclusive reconhecido como devido a multa pela falta de registro das NF's nº 3527, 3537 e 3547, conforme demonstrativos anexo fls. 222 a 230 do processo, infrações nº 11 e 12 do auto de infração.*
- i) *informa que, a empresa fornecedora registrou na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) tais vendas, conforme Livro Registro de Saídas, tendo inclusive lançado o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS, fotocópias que ora anexa ao presente processo.*
- j) *Diz retificar o procedimento fiscal, ficando reduzido o total do débito da presente infração de R\$354.282,95, para R\$159.981,04, conforme descrição a seguir:*

Data Ocorr	Vlr Devido AIIM	Vlr Devido Real	Diferença
28/02/2014	194.302,91	0,00	0,00
30/11/2015	159.981,04	159.981,04	159.981,04

Diz o julgamento recorrido de ofício:

Compulsando detidamente os autos, vê-se, de fato, em relação à data de ocorrência 28/02/2014, do item 8 do Auto de Infração em análise, como assertivamente posicionou a autuante, em sede de Informação Fiscal, a operação de aquisição de mercadoria, objeto da NF 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, não fora concretizada, sendo procedente sua exclusão da autuação.

Relativamente à data de ocorrência de 30/11/2015, que diz respeito à operação de aquisição de mercadoria, objeto das NF 3527, 3537 e 3547, também, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, vê-se a declaração, à fl. 426 dos autos, de que as operações não foram concretizadas, ou seja, os produtos/mercadorias relacionados nas citadas notas fiscais nunca foram entregues, nem tampouco houvera qualquer pagamento relacionado às citadas operações.

Por si só, dado a característica da operação, com a declaração documental do fornecedor de que, de fato, as operações não foram concretizadas, associado ao fato da semelhança com a ocorrência de 28/02/2014, a qual foi inteiramente elidida, convenço-me de que não se tem certeza de que as operações, que fazem parte integrante do lançamento da ocorrência de 30/11/2015, foram efetivamente realizadas, ensejando a cobrança do ICMS antecipação parcial na forma que dispões o artigo 12-A da Lei 7.014/96.

O fato da defendente, ter efetuado o pagamento do item 11 da autuação, que diz respeito à entrada no estabelecimento, de mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, e por constar do seu demonstrativo de débito a NF's nº 3527, 3537 e 3547, não implica o reconhecimento da entrada dessas mercadorias no seu estabelecimento. Há de se considerar outras variáveis, como a destacada pelo sujeito passivo, em sede de defesa, que optou por não discutir os referidos itens, utilizando-se de programa de anistia vigente para quitá-los.

Aliás, tanto é verdade esse entendimento, que a nota fiscal de saída de nº 1014, do fornecedor AXIS COMUNICATIOS, estabelecido no Estado de São Paulo, que diz respeito à data de ocorrência de 28/02/2014, deste item 8 do AIIM, a qual foi elidida com a comprovação da emissão da nota fiscal de entrada de nº 1015, emitida pelo próprio fornecedor, na forma acima destacado, também consta do demonstrativo de débito do item 11 da autuação (fl. 225), que foi pago pela defendente, não implica o reconhecimento da entrada no seu estabelecimento, como assim, equivocadamente, manifesta a i. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal.

Considerando ausente nos autos elementos probantes, demonstrando que a operação de aquisição das mercadorias, objeto das NF's nº 3527, 3537 e 3547, foi concretizada, ensejando portanto a cobrança do ICMS antecipação parcial por entrada de mercadorias no estabelecimento da defendente, para fins de comercialização na forma que dispõe o artigo 12-A da Lei 7.014/96, entendo improceder a exigência, relativa à data de ocorrência de 30/11/2015, contida neste item 8 da autuação.

Em conclusão, torna-se totalmente improcedente este item da autuação. Infração 8 insubsistente.

Embora haja razoabilidade do argumento da autuante, de que o autuado reconheceu e pagou a multa por falta de escrituração, é certo que o argumento do julgador *a quo* é também provido de muita razoabilidade, visto que a anistia com deságio elevado sobre valor de multas por descumprimento de obrigações acessórias, representa um estímulo para pagamento, de forma a por fim à discussão da lide, visto os custos que representa serem às vezes superiores que o pagamento da soma de valor módico. Além disso, o conjunto probatório, aponta no sentido de que as mercadorias não foram mesmo entregues, e o contribuinte pagou a multa por descumprimento de obrigações acessórias na anistia, mesmo de itens que comprovadamente foram devolvidos.

Quanto às notas fiscais que o remetente escriturou e lançou o imposto nas saídas, há prova de que o remetente declara que as notas fiscais referem-se a operações não concretizadas, inclusive com firma reconhecida em cartório.

Entendo que, embora as notas constem na escrituração de saída, representem uma prova contra o autuado, é certo que a declaração de que tais notas não circularam, são provas de difícil contestação, visto que o contribuinte remetente pode simplesmente ter lançado as saídas, debitado o imposto, e por erro, não ter feito o estorno do débito, só tomando conhecimento após provocação do próprio autuado. Não há liquidez e certeza para manutenção do lançamento.

Por fim, durante a sessão, o presidente desta Segunda Câmara, consultou as referidas notas no sistema e verificou que não havia nenhum evento que indicasse a saída e o trânsito de mercadorias até este Estado.

Infração 8 improcedente. Mantida a Decisão recorrida.

O Recurso Voluntário trata apenas da retificação quanto ao item 8, que conforme relatado no

Julgamento do Recurso de Ofício, embora a Junta, por unanimidade tenha acolhido a total insubsistência do lançamento, ao final, constou o valor acatado pela autuante, mantendo-se na resolução o valor de R\$159.981,04, embora claramente tenha sido julgado o lançamento deste item, totalmente improcedente.

De fato, conforme exposto no Recurso de Ofício, a autuante manteve notas fiscais que o remetente deixou lançado na EFD, com saídas debitadas, contudo, a declaração com firma reconhecida de que o remetente realmente não vendeu as mercadorias, é prova de difícil contestação, visto a presunção de veracidade da declaração do contribuinte remetente, e de que o débito da saída poderá ser estornado a qualquer tempo, desde que respeitado o prazo decadencial.

Infração 8 improcedente.

Apesar da recorrente não apresentar razões para as infrações 1 e 7, decreto, de ofício, a redução da multa de 150% para 100%, tendo vista alteração da Lei a partir de abril de 2012.

Face ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício, e PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	VL HISTÓRICO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA	RESULTADO
01	9.100,32	9.100,32	9.100,32	100%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
02	6.650,08	0,00	460,00	-----	PROC.PARCIAL/PROV. PARCIAL
03	4.411,38	4.411,38	4.411,38	60%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
04	3.861,13	3.861,13	3.861,13	60%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
05	1.064,75	1064,75	1064,75	60%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
06	261,02	261,02	261,02	60%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
07	2.689,08	2.689,08	2.689,08	100%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
08	354.282,95	159.981,04	0,00	-----	IMPROCEDENTE/PROVIDO
09	17.980,96	17.980,96	17.980,96	-----	PROCEDENTE/RECONHECIDA
10	47.580,26	47.580,26	47.580,26	60%	PROCEDENTE/RECONHECIDA
11	25.909,03	25.909,03	25.909,03	-----	PROCEDENTE/RECONHECIDA
12	11.896,94	11.896,92	11.896,92	-----	PROCEDENTE/RECONHECIDA
Total	485.687,90	284.735,89	125.214,85		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto, e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0003/18-0**, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$68.967,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.178,54, e 100% sobre R\$11.789,40, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “f” e V, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$38.265,95**, previstas nos incisos IX, XI, XXII e multa percentual no valor de **R\$17.980,96**, prevista no inciso II, “d”, ambas do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS