

A. I. N° - 278987.0012/18-2  
AUTUADO - MATA CAMPOS & CIA LTDA.  
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS  
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0129-04/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FASE FINAL DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. O lançamento foi inteiramente revisado por auditor fiscal estranho ao feito que concluiu que os créditos fiscais utilizados, objeto da autuação, se referem a mercadorias tributáveis normalmente, fato este, conformado pelo Supervisor da Inspetoria Fazendária de origem. Acusação insubstancial. Não acolhido o argumento de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração expedido em 18/12/2018 para reclamar crédito tributário no montante de R\$422.073,51 mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Crédito indevido pelo uso de ICMS sobre mercadorias substituídas”*.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 116 a 125, onde, após breve histórico, adentrou aos fatos concernentes a autuação, reproduzindo a acusação fiscal e destacando que a mesma não guarda qualquer correlação com a verdade material adstrita à situação fática, uma vez que referem-se a presunções sem qualquer suporte documental que possa ensejar a manutenção do lançamento, tudo levando em consideração as mercadorias constantes do levantamento fiscal, pontuando que se não bastasse a presunção genérica e incerta praticada pelo autuante, este deixou de observar a aplicação correta das disposições legalmente exigidas para efeito de utilização ou não do crédito fiscal a que faz jus, de acordo com cada operação.

Com isso, disse que foram muitos os equívocos ocorridos na presente ação fiscal, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, razão pela qual entende que se o Conselho não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará pela Imprecedência.

Nesse sentido disse que a presunção de ter havido utilização indevida de créditos fiscais está baseada em levantamento genérico e incerto, uma vez que as diversas operações constantes do levantamento fiscal traduzem a regular operação contábil/fiscal que realizou, significando dizer que faltou cuidado no procedimento fiscalizatório, vez que, se assim o tivesse, constataria que houve utilização de crédito fiscal somente em casos legalmente autorizados, bem assim a ausência de apropriação do crédito quando não permitido em lei conforme passou a pontuar em seguida:

- 1 – CFOP 1102, 1152, 1949, 2949 e 2102, referem-se a compras e transferências para comercialização, de modo que é permitido a utilização dos créditos;
- 2 – CFOP 1403, 1409 e 2403, apesar de tais operações se sujeitaram ao regime da substituição tributária, não houve qualquer utilização de créditos fiscais em nenhuma delas;
- 3 – CFOP 1906 são objeto de retorno de mercadoria remetida para depósito fechado, operação sem incidência de ICMS, não havendo destaque do imposto nos documentos fiscais e tampouco utilização de créditos;

4 – CFOP 1910 e 2910, tratam de mercadorias recebidas em bonificação para revenda, não tendo sido utilizados tais créditos, conforme cópia dos livros fiscais em anexo;

5 – CFOP 1912, 2911 e 2912, referem-se a mercadorias recebidas em demonstração e amostra grátis, não havendo utilização de tais créditos fiscais;

6 – CFOP 2202, devoluções de vendas a não contribuintes para outros estados, cujo imposto foi calculado e creditado tomando por base as mesmas alíquotas consignadas no documento originário;

7 – CFOP 1551, 1556 e 2556, refere-se a compras de materiais para consumo, sem utilização dos créditos fiscais, conforme cópia dos livros fiscais em anexo;

8 – CFOP 29089, refere-se a entrada de bem em razão de contrato em comodato, sem utilização de crédito fiscal;

9 – CFOP 1916 e 2916, tratam de retorno de mercadorias/bens remetidos em conserto, onde não houve a utilização de créditos fiscais.

Salientou que salta aos olhos a inexistência de colação pelo autuante dos livros fiscais que supostamente fundamentaram a elaboração do demonstrativo de débito base da infração que lhe foi imputada, ressaltando que o Auto de Infração é nulo por estar baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em ficção.

Após tecer outras considerações jurídicas, citar doutrina e jurisprudência deste Conseg, concluiu sustentando que devido aos vícios que o lançamento tributário possui levará fatalmente a decretação da sua nulidade ou improcedência, o que requereu.

O Auditor Fiscal Gilmar Santana Menezes, estranho ao feito, apresentou Informação Fiscal conforme fl. 267, tendo em vista o autuante não se encontrar mais lotado na Inspetoria de origem, declarando taxativamente que *“após análise, são procedentes as alegações da defesa para esta infração, tendo em vista que o ICMS só foi creditado para as mercadorias tributadas e que não estão relacionadas no anexo 01, do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012”*.

O autuado apresentou manifestação acerca da Informação Fiscal, fls. 270 e 271, reiterando todos os termos da defesa anterior, observando que a informação fiscal é cristalina ao corroborar com suas alegações defensivas, acrescentando que tal concordância é oriunda do fato de não ter o autuante apresentado relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar-lhe plenas condições de exercer o seu direito de defesa.

Sustentou que não há como saber, efetivamente, qual foi o critério adotado pelo autuante na qualificação da base de cálculo, e, neste sentido, transcreveu a Súmula nº 01 do CONSEF para requerer a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

Consta à fl. 273 dos autos, despacho manuscrito da lavra do auditor fiscal Sandor Cordeiro Fahel, Supervisor da Infaz Barreiras, declarando *“mantidas as informações prestadas pelo auditor responsável pelas informações”*.

#### VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, onde se exige ICMS no montante de R\$422.073,51, é no sentido de que houve, por parte do autuado, utilização indevida de créditos fiscais relacionados a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Para respaldar o lançamento, o autuante elaborou a planilha de fls. 05 a 113, intitulada *“Demonstrativo: Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS substituído – Lista de notas fiscais/itens”*, indicando mensalmente o CFOP da operação, o número e a chave do documento fiscal, o estado de origem, a descrição da mercadoria, a NCM, base de cálculo e o valor do imposto creditado.

O autuado refutou integralmente o lançamento, alegando que o levantamento da lavra do autuante não possui qualquer sustentação fática, que houve por parte do autuante uma presunção genérica e incerta, deixando de observar a aplicação correta das disposições legalmente exigidas para

efeito de utilização ou não do crédito fiscal a que faz jus, de acordo com cada operação, reportando-se, ainda, de forma detalhada, as operações abarcadas na autuação, separando-as por CFOP.

De forma que a autuação, sob o ponto de vista formal, está consignada de forma correta, possibilitando ao autuado os meios para o amplo exercício da defesa, o que afinal o fez. Com isso não vejo motivo para declaração da sua nulidade, logo, a questão discutida, será examinada no âmbito meritório.

Isto posto, vejo que a questão reside em se definir se afinal houve ou não a utilização indevida dos créditos fiscais consignados pelo autuante nas mencionadas planilhas, portanto, se trata de uma questão fática, que demanda uma análise detalhada e aprofundada de cada item para que se possa afinal chegar a uma conclusão segura.

Para se chegar a essa conclusão, e considerando a significativa quantidade de itens envolvidos na autuação que englobou três exercícios, 2015, 2016 e 2017, em princípio poder-se-ia converter o processo em diligência no sentido de que tais fatos fossem apurados e esclarecidos.

Conforme se verifica através dos demonstrativos de fls. 153 (2015), 191 (2016) e 222 (2017), os valores autuados a título de utilização indevida de créditos fiscais estão demonstrados, mês por mês, e, de acordo com os mesmos, da lavra do autuado, não remanesceu qualquer utilização de crédito que demandasse a autuação.

Entretanto, em se tratando de uma questão eminentemente fática, conforme já ressaltado acima, considero que a situação restou esclarecida e confirmada nestes autos através da informação fiscal prestada por auditor fiscal estranho ao feito que, após examinar o lançamento tributário em discussão, no seu todo, assim se posicionou: *“após análise, são procedentes as alegações da defesa para esta infração, tendo em vista que o ICMS só foi creditado para as mercadorias tributadas e que não estão relacionadas no anexo 01, do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012”*.

Ora, considerando que estão presentes nos autos os livros fiscais do autuado referentes a todo o período alcançado pela fiscalização, os quais foram examinados pelo auditor fiscal estranho ao feito, que se posicionou pelo correto procedimento do autuado, não me resta outra opção senão acolher o posicionamento do referido auditor fiscal e considerar insubstancial a imputação constante da peça inicial. Ademais, também não posso deixar de levar em consideração, a importante declaração da lavra do Sr. Supervisor da Infaz Barreiras que, de forma taxativa assim se posicionou: *“mantidas as informações prestadas pelo auditor responsável pelas informações”*.

Em conclusão voto pela Improcedência do presente Auto de Infração, pois à luz do quanto acima exposto não restou comprovada a imputação relativa a utilização indevida de créditos fiscais.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278987.0012/18-2, lavrado contra **MATA CAMPOS & CIA LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR