

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0029/17-4
RECORRENTE - RAMIRO CAMPELO COM. DE UTILIDADES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0216-02/18
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0042-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. Infração parcialmente ilidida mediante apresentação de elementos de prova do direito ao crédito. Infração parcialmente subsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA POR ANTECIPAÇÃO TOTAL. Tratando-se de operações de devolução de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (adquiridas diretamente do substituto tributário), o destaque do ICMS (por parte do autuado) é conduta que se impõe, à luz do que prevê o art. 299, inciso I do RICMS/12, não incidindo, neste caso, a vedação ao estorno de débito, prevista no art. 307 do diploma regulamentar. Infração elidida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS NA EFD. Imposto apurado e recolhido conforme registros da EFD validada transmitida ao Sujeito Ativo. Planilha apresentada pelo Impugnante não substitui o valor jurídico da EFD. Infração subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NO RAICMS DA EFD. Alegação de erro de informação não comprovado e cópia de resumo de apuração de ICMS tida como correta, feita fora em desconformidade com a legislação a respeito, não possui valor jurídico. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0216-02/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 22/12/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$134.740,97, em razão de cinco infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 01, 02, 03 e 04, descritas da forma a seguir.

Infração 01 – 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor: R\$12.886,67. Período: Janeiro 2013 a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 30, III, da lei 7.014/96 c/c art. 310, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, VII, “a”, da 7.014/96.

Consta da descrição: Contribuinte utilizou-se de crédito do ICMS diretamente em sua apuração do imposto nas suas EFDs referentes às aquisições de ativo imobilizado, sem comprovação de origem (não apresentou o respectivo livro CIAP). Vide demonstrativo ANEXO 05.

Infração 02 – 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor: R\$7.489,94. Período: Janeiro, Fevereiro e Julho 2013, Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 9º, 29, §2, da Lei 7.014/96 c/c art. 290, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, VII, “a”, da 7.014/96.

Consta da descrição: Contribuinte utilizou-se de crédito o ICMS referente a operações de entrada de

mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Vide demonstrativo ANEXO 08.

Infração 03 – 02.01.03: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 78.547,15. Período: Janeiro 2013 a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 2º, I, 32, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “a”, da 7.014/96.*

Vide demonstrativos ANEXO 03-A e ANEXO 03-B.

Infração 04 – 13.01.01: *Recolheu ICMS a menos em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor: R\$ 27.060,99. Período: Novembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 24 a 26, da Lei 7.014/96 c/c art. 305, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “b”, da 7.014/96.*

...

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 17/12/2018 (fls. 175 a 182) e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O Auto de Infração em exame acusa cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04, 07 e 14, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fl. 14); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Afasto, pois, a nulidade suscitada.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Tendo em vista o exposto reconhecimento do seu cometimento na Impugnação apresentada, a Infração 05, não faz parte da lide em juízo neste órgão administrativo julgante.

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

A Infração 01 trata de uso indevido de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento fiscalizado. O Impugnante não nega o uso do crédito fiscal glosado, mas diz que o fez legalmente, conforme demonstra nas planilhas do Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente, respectivas NFs, bem como cópia do LRAICMS que junta à peça defensiva (ANEXO 01 – fls. 23-84).

Por sua vez, a Autoridade fiscal autuante disse que quando da ação fiscal o contribuinte fiscalizado não apresentou tais documentos, mas, após os analisar frente à legislação, exceto para o lançamento relativo ao mês de dezembro 2014 quando em vez de usar apenas a parcela permitida de 1/48 como prevê o artigo 309, § 2º, do RICMS-BA/2012, usou como crédito fiscal de aquisições para o Ativo Imobilizado, sem comprovar a origem, o valor de R\$ 8.687,93, expressamente confirma a pertinência da alegação defensiva, ajustando o valor da exação para R\$ 8.515,68, correspondente às demais parcelas mensais relativas ao crédito fiscal de dezembro 2014, indevidamente escriturado como no LRAICMS como relativos a crédito fiscal de aquisições para o Ativo Imobilizado.

De fato, vê-se que o CIAP dezembro 2014 registra R\$ 172,25 como VALOR CIAP CREDITADO (fl.46), mas o

LRAICMS desse mesmo mês registra o crédito de R\$ 39,35 + R\$ 108,52 + R\$8.540,06 = R\$8.687,93 (fl. 81). Ambos elementos de provas foram aportados aos autos pelo Impugnante e, se por um lado, elide parte da exação original, por outro indubitavelmente comprovam a certeza do cometimento da infração no seu valor remanescente de R\$ 8.515,68 com a data da ocorrência em 30/12/2014.

Infração parcialmente subsistente.

Infração 02

Refere-se a uso indevido de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada por substituição tributária feita pelo remetente. A alegação defensiva é que todas as NFs relacionadas são de “recompras”, portanto, NFs de anulação de devolução realizadas, conforme relatório constante do ANEXO 02.

Por sua vez, exemplificando com a NF de “recompra” nº 18.252, de 26/12/2014 emitida pela própria autuada para justificar a emissão da NF de devolução nº 8.992, de 06/02/2014, diz que os argumentos defensivos de recompras anulando devoluções de compras, não fazem sentido, pois, no caso, seriam compras de mercadoria sujeitas à substituição tributária que havia sido devolvida ao fornecedor da autuada, mas isso não interfere nos valores indevidamente creditados, objeto da autuação.

Aduz que embora as operações de devolução tenham ocorrido com débito de ICMS, isto não influi na infração e que as alegadas NFs de “recompra” foram emitidas pelo próprio sujeito passivo.

Ponderando as razões de acusação e defesa, vejo que a razão assiste ao autuante. Primeiro, porque não há falar em crédito fiscal em aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada por antecipação tributária total. Segundo, porque a emissão de NF do próprio destinatário não é o documento fiscal hábil para recomprar mercadoria devolvida a fornecedor que efetuou operação original acobertada por NF válida. Terceiro, porque, além das NFs relacionadas no demonstrativo suporte da infração (ANEXO 08) não serem apenas as emitidas pelo próprio autuado a título de “recompra”, apenas comprovando em processo específico a existência de indébito de ICMS por recolhimento maior que o devido, um contribuinte do ICMS poderá utilizar o valor do indébito como crédito fiscal, mediante prévia autorização do sujeito ativo, o que não ocorreu no caso.

Tenho, pois, a exação como subsistente.

Infração 03

Refere-se a falta de recolhimento de ICMS de operações tributáveis registradas na EFD como não tributáveis. Tem suporte nos demonstrativos ANEXO 03-A e ANEXO 03-B. A alegação defensiva é que a fiscalização considerou exclusivamente o uso do CST 041, contudo, tais operações teriam ocorrido com tributação.

Rebatendo a alegação defensiva, o autuante informa que o Impugnante se restringe à negativa do cometimento da infração, pois o registro CST 041 foi determinado pela própria autuada, o que, afirma, apenas reforça o motivo da exação, que é justamente a saída de mercadoria tributável sem destaque de ICMS no respectivo documento fiscal.

Assim, tendo em vista o valor jurídico da EFD, afirma não ter dúvida que as operações ocorreram da forma tratada na EFD e que os demonstrativos acostados na Defesa não provam a favor do sujeito passivo e não ilidem o lançamento, pois não reproduzem o documento oficial (EFD). Registra que é com base nos registros da EFD que o ICMS é apurado e que, no caso, uma vez não registrado no documento fiscal respectivo não foi considerado no cálculo do imposto devido e recolhido.

Pois bem, com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais. Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

É que tal sistema consiste na centralização da sistemática do cumprimento das obrigações - principais e acessórias transmitidas pelo contribuinte às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo, assim, a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital.

No que interessa para o instante, o Ajuste SINIEF 02/09, dispõe o seguinte:

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.

§ 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do § 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o § 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte. (grifos meus)

Para efeito de retificação da EFD, o RICMS-BA/2012, dispõe:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Ora, a atual sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, à exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar inconsistente, intimar o contribuinte a regularizá-la. No caso, não houve constatação de inconsistência e as EFDs foram regularmente validadas.

Assim, transmitida validamente a EFD, o que nela consta registrado pelo contribuinte espelha a concreta realidade de sua movimentação fiscal-contábil e qualquer alteração de registro só pode ser processada nos termos acima expostos. Assim, tendo em vista que o valor do imposto recolhido no período autuado decorreu dos registros efetuados na EFD; as operações tidas como não tributáveis são, de fato, tributáveis, e que os demonstrativos arrolados pelo Impugnante não refletem os dados que implicaram na apuração do ICMS declarado como devido pelo contribuinte autuado – portanto, sem força para substituir as mesmas operações registradas na EFD, tenho a exação fiscal como subsistente.

Infração 04

Diz respeito a recolhimento de ICMS a menos no valor de R\$27.060,99, em decorrência de diferença entre o

valor apurado e registrado como devido no LRAICMS constante da EFD validamente transmitida para o período novembro 2014 e o valor efetivamente recolhido pelo contribuinte autuado. A alegação defensiva é de falha na informação que apresentou na EFD do mês 11/2014, como se pode observar no Resumo de Apuração constante que aportou aos autos às fls. 149-150, pois o valor correto do crédito fiscal decorrente do disposto no art. 301, do RICMS-BA/2012, é R\$267.801,20, razão pela qual se faz necessário retificar o valor constante no arquivo EFD transmitido.

Por sua vez, o autor do feito, informa que mais uma vez a autuada tenta negar o valor probante e jurídico da EFD que emitiu, alegando, sem provas, erro na informação aposta na EFD. Ademais, informa que em defesa apresentada contra outro AI, o de nº 269200.0031/17-9, o sujeito passivo colaciona demonstrativo que elaborou constando o valor de R\$240.740,21 como crédito fiscal do Art. 301 do RICMS-BA, e não R\$ 267.801,20, que aqui alega de direito.

Pois bem, de fato, para esta infração a fundamental alegação defensiva é a negação do valor jurídico da Escrituração Fiscal Digital que o próprio sujeito passivo efetuou e transmitiu ao sujeito ativo como fiel reflexo da sua movimentação empresarial com repercussão tributária que, em caso de erro, somente pode ser alterada na forma legal, como exposto para a infração anterior. Para este caso, o Impugnante sem demonstrar a retificação na forma legal, trouxe aos autos cópia de um “RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO” para o período da ocorrência que, por sinal, como registra a Informação Fiscal, destoa da mesma apuração em mesmo elemento de prova que juntou ao PAF relativo ao AI 269200.0031/17-9, lavrado na mesma data pela mesma Autoridade fiscal, o que, de modo objetivo, como se não bastara a ineficiência legal do elemento de prova apresentado pelo contribuinte, agrava a falta de crédito da própria alegação defensiva.

Assim, tomando emprestado o mesmo fundamento dado para decidir sobre a infração anterior, também tenho essa exação fiscal como subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 192 a 212, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Quanto à Infração 01, explica que, em que pese a capitulação da infração, na oportunidade da impugnação apresentada, chamou a atenção dos julgadores de Primeira Instância para o fato de que os créditos relacionados ao mês de dezembro de 2014 representam, em verdade, créditos decorrentes de saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1º-A, conforme autoriza o art. 3º do Decreto nº 4.318/1995, e não de “créditos referentes que a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento” como entendeu o nobre Fiscal Autuante.

Como prova de suas alegações, a recorrente apresenta o relatório anexo (doc. 01), contendo informações completas acerca das notas fiscais emitidas no período de 01/12/2014 até 31/12/2014, registrando os códigos de produto, descrição, fornecedor, venda bruta e ICMS destacado relativamente ao mês de Dezembro de 2014, de onde se extrai a correspondência entre o valor do crédito tomado pela recorrente de R\$ R\$8.540,06 (oito mil quinhentos e quarenta reais e seis centavos), e o valor do imposto lançado neste mês.

Assim, em relação aos créditos que remanesceram da Infração 01, muito embora não haja dúvidas de que se relacionam às efetivas saídas de mercadorias do estabelecimento da recorrente, e não de aquisições para o seu ativo imobilizado, a recorrente explica que o entendimento da fiscalização decorreu de um erro formal nas informações escrituradas pela recorrente, que havia, anteriormente, lançado os aludidos créditos com a descrição incorreta de sua origem “ICMS a recuperar do ativo imobilizado”, quando, na verdade, a descrição correta deveria ser “crédito de ICMS conforme Decreto nº 4.318/1995”.

Argumenta que esse erro formal, no entanto, é insuficiente para configurar a alegada “utilização indevida de crédito fiscal”, conquanto, as notas fiscais emitidas no período e relacionadas no Relatório anexo (doc. 01) são plenamente capazes de comprovar a verdadeira origem dos créditos apropriados pela recorrente, demonstrando a legitimidade do procedimento adotado pelo contribuinte, que de forma alguma importou em prejuízo ao Estado da Bahia.

Dessa forma, na medida em que comprovada a legitimidade do crédito utilizado pela Recorrente, conclui revelar-se insubsistente o valor remanescente da Infração 01, pelo que também deve ser julgado improcedente.

Quanto à Infração 02, explica que, na oportunidade da sua impugnação, esclareceu aos julgadores de primeira instância que, em sentido diverso do que entendeu o nobre Autuante, a origem dos créditos em questão adveio de uma operação de recompra de mercadorias devolvidas com destaque e pagamento indevido do ICMS, e não de operações de entrada com apuração de crédito de forma indevida. Esclarece que ocorreu o seguinte: *“a recorrente, ao devolver mercadorias sobre as quais o imposto ICMS já havia sido pago na condição de antecipação tributária, acabou destacando indevidamente o ICMS, e, por consequência, pagou o ICMS na operação de saída (devolução) dessas mercadorias, quando na verdade tais mercadorias deveriam ter sido objeto de saídas desoneradas, tendo em vista a antecipação tributária desse imposto”*. Assim sendo, afirma que se debitou indevidamente do ICMS na operação de saída (devolução) realizada, quando na verdade nenhum ICMS era devido nessa operação.

Explica, ainda, que, verificando o equívoco incorrido relativo ao débito do ICMS, realizou a recompra destas mesmas mercadorias com o objetivo de reaver o crédito equivalente sobre tais operações. Afirma ser imprescindível verificar, portanto, que, em relação à Infração 02, o crédito apontado como indevido pelo nobre Autuante NÃO decorre da entrada das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária, mas, sim, de uma “reentrada” ou “recompra” dessas mesmas mercadorias, sobre as quais houve pagamento indevido de ICMS quando a recorrente deu saída (em devolução) dessas mercadorias com destaque e pagamento indevido do ICMS.

Destaca que, sob o ponto de vista contábil e fiscal do ICMS, o crédito apropriado pela recorrente, no momento da recompra das mercadorias sobre as quais houve saída indevidamente tributada, importou na anulação da operação, sem que houvesse qualquer prejuízo ao Estado da Bahia. Dessa forma, os créditos glosados pela autoridade fiscal relacionam-se a débitos indevidos de ICMS, que por tratarem das mesmas mercadorias, contábil e fiscalmente se anulam, sem que isso importe na alegada “utilização indevida de crédito de ICMS” na medida em que houve concomitante e equivalente “pagamento indevido de débito de ICMS”, se assim pode ser dito.

Com o objetivo de comprovar as suas alegações, a recorrente afirma que apresentou aos julgadores de primeira instância todas as notas fiscais relacionadas à Infração 02 que não apenas registram as recompras realizadas, como também demonstram “a anulação das devoluções”, conforme relatório constante ANEXO 02 da impugnação do contribuinte. Se por alguma eventualidade este egrégio Conselho Fazendário entender que as alegações da recorrente indicadas nas suas razões defensivas não estejam suficientemente comprovadas nestes autos, pugna, desde já, que o presente processo seja baixado em diligência, a fim de que seja constatado, de forma inequívoca, que o crédito fiscal aproveitado decorre de entrada (recompra) de mercadorias efetivamente tributadas na sua saída (devolução).

E, neste sentido, registra que o nobre Autuante expressamente reconhece que as devoluções realizadas pela recorrente ocorreram com destaque e recolhimento (indevido) do ICMS, conforme faz referência a própria decisão da 2ª JF, ao relatar as informações fiscais. Reproduz trecho da peça processual citada.

Portanto, com as informações fiscais confirmando o que aqui se alega, assegura ser inequívoco que a recorrente se debitou indevidamente do ICMS nas operações de devolução. E como pagou ICMS que não deveria, nas operações de devolução, optou por anular essas operações de devolução por meio de recompra das mercadorias, creditando-se no momento da “reentrada” destas. Afirma que o procedimento adotado não acarretou prejuízos aos cofres do Estado, na medida em que o crédito de ICMS por ela apropriado relaciona-se à operação anterior em que ocorreu o efetivo recolhimento do tributo.

Quanto ao teor dos arts. 75 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – Lei nº 7.629/99 (que dispõem que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição de indébito que será deliberado pelas autoridades administrativas competentes dentro de noventa dias), ressalta que o acórdão da 2ª JF também reconhece que ocorreu o “recolhimento a maior que o devido”, porém se opõe à forma pela qual o contribuinte procedeu à restituição do valor (por meio da emissão das notas fiscais de recompra), pois entende que apenas com “prévia autorização do sujeito ativo”

seria possível a restituição do “indébito como crédito fiscal”.

Argumenta, contudo, por outro lado, que é preciso lembrar que o prazo para restituição do indébito tributário é de 05 (cinco) anos, contados da data extinção do crédito tributário, na hipótese do “*pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável*”, conforme prescrevem os arts. 165, I e art. 168 do Código Tributário Nacional. Tendo ocorrido a extinção do crédito tributário, pelo pagamento (art. 156, I, CTN) em relação aos meses de Janeiro, Fevereiro e Julho de 2013, não há mais prazo, portanto, para restituição do tributo no caso em apreço, pois já ultrapassados mais de cinco anos da data do pagamento a maior e indevido. E no que toca ao mês de Dezembro de 2014, afirma que o prazo para restituição certamente se encerrará antes do julgamento do presente recurso.

Desse modo, entende que não há outro caminho disponível para que a recorrente recupere o tributo indevidamente recolhido ao Estado da Bahia a título de ICMS, senão por meio da atuação positiva dos julgadores administrativos, a quem confia que saberão se ater à verdade material demonstrada no caso em concreto, pois dentro da absoluta transparência e boa-fé demonstrada pela recorrente, bem como por não ter implicado em prejuízo fiscal algum ao Estado da Bahia. Isso porque, argumenta, glosar o crédito aproveitado nas operações de recompra seria punir triplamente a recorrente, com evidente enriquecimento ilícito e sem causa do Estado da Bahia, na medida em que: “*i) o crédito de ICMS por ela apropriado relaciona-se a operação anterior em que ocorreu o efetivo recolhimento do tributo; ao passo em que ii) o pagamento a maior e indevido do ICMS restou comprovado; e ainda iii) lhe é cobrado o ICMS respectivo acrescido de multa de ofício, juros e multa de mora*”.

Alega que tal conduta não pode ser admitida, assim como não se coaduna com o entendimento deste Eg. CONSEF ilustrado no Acórdão JJF nº 0212-01/15 (doc. 02), de cujo teor transcreve trecho, à folha 202.

Argumenta que, na situação em apreço, é visível a inexistência de prejuízo para o Estado da Bahia, na medida em que só a recorrente foi prejudicada com o pagamento de tributo a maior, embora tenha depois se creditado na recompra das mesmas mercadorias. Caso mantida a Infração 02, entende que se estaria sacrificando o contribuinte em um contexto baseado em um benefício criado pelo Estado da Bahia para atrair investimentos, emprego e renda para o seu território, revelando enorme injustiça fiscal com a recorrente, empresa “filha” do Estado, que se sacrifica para fazer concorrência em pé de igualdade com gigantes nacionais do mercado e que, caso mantida a infração, o que não se espera, será indevidamente prejudicada.

E se é assim, a recorrente requer seja reformado o Acórdão recorrido, a fim de que a Infração 02 seja julgada improcedente.

Quanto à Infração 03, explica que, na oportunidade da sua impugnação, esclareceu aos julgadores de primeira instância que as mercadorias em questão, ainda que registradas com CST 041, foram devidamente tributadas, conforme demonstram os seus relatórios mensais ANEXO 03-A e 03-B que acompanham a impugnação. E nesse sentido, em havendo prova do pagamento, conclui que não se pode perder de vista o adimplemento da obrigação principal, correspondente ao pagamento do imposto. Contudo, desde a sua primeira oportunidade de defesa, a recorrente declarou que incorreu em erro quanto à obrigação acessória consistente nas informações que foram prestadas equivocadamente para o Fisco. Nesse aspecto, em pese a recorrente possuir prova concreta acerca do efetivo recolhimento do tributo ora questionado, afirma que essas provas de pagamento sequer foram valoradas pela fiscalização.

Explica, ainda, que, de acordo com os esclarecimentos prestados pelo ilustre Autuante, a acusação fiscal, quanto à Infração 03, baseia-se exclusivamente nas informações apresentadas pelo contribuinte por meio de sua escrituração fiscal digital, ao passo que desconsidera, deliberadamente, a verdade material alegada e demonstrada pela recorrente na oportunidade das suas razões de defesa. A este respeito, reproduz trecho do Relatório da 2ª JJF acerca dos esclarecimentos prestados pelo duto Autuante.

Alega que, diante do que informou o Autuante, não há dúvidas de que a base da Infração 03 está

exclusivamente atrelada aos registros de EFD apontados pelo fiscal, não tendo havido sequer resistência da sua parte acerca do efetivo recolhimento do tributo, a despeito do ERRO nas informações da EFD alegado pela recorrente em suas razões defensivas. Explica que a única justificativa da fiscalização para rejeição dos documentos comprobatórios de pagamento anexados pela recorrente é a primazia ou “valor jurídico” das informações registradas em EFD, como se o fato de ter ocorrido, ou não, o pagamento do tributo pouco importasse frente à absoluta prevalência das informações produzidas em documento oficial.

Argumenta que não é razoável se cogitar o afastamento da prova do recolhimento do imposto exclusivamente em virtude da sua forma. No caso dos autos, assegura ser de fácil percepção a completa inversão da obrigação tributária em apreço, como se o seu cumprimento dependesse, não do pagamento, mas apenas dos registros em EFD do contribuinte. Alega que não se conforma com o devido processo legal administrativo - ou muito menos com a garantia da efetividade do contraditório e da ampla defesa - a justificativa apresentada pelo ilustre Autuante de que “uma vez não registrado no documento fiscal respectivo não foi considerado no cálculo do imposto devido e recolhido”, pois se o registro em EFD informasse o recolhimento do tributo quando o desembolso não tivesse ocorrido, não seria igualmente valorada a primazia da EFD.

Entretanto, para surpresa da recorrente, a 2ª JF acabou adotando o mesmo entendimento defendido pelo nobre Autuante. Transcreve trecho da Decisão recorrida, em apoio à sua narrativa.

Assim, registra que o foco da Infração 03 acabou sendo desviado, da análise sobre o adimplemento da obrigação principal de recolhimento do tributo, para a discussão sobre a validade da obrigação acessória consistente no envio de informações para o Fisco (informações, que, segundo vem defendendo a recorrente, foram prestadas com erro de caráter formal quanto ao código CST 041), e a inocorrência de sua retificação na forma do art. 251 do RICMS-BA/2012. Argumenta, todavia que, em conformidade com o que dispõe o RPAF (Decreto nº 7.629/1999), se por alguma eventualidade a 2ª JF entendesse que as alegações da recorrente não estivessem suficientemente comprovadas, o procedimento correto a ser adotado seria baixar em diligência o processo, a fim de que fosse apurado se o crédito fiscal foi efetivamente pago, independentemente das obrigações acessórias da EFD acerca de tais pagamentos. Contudo, adotando entendimento diverso, aponta que a 2ª JF acatou a procedência da Infração 03, ao tempo que registrou alternativa para que o contribuinte retificasse a sua escrituração fiscal digital para o fim de comprovação do recolhimento do tributo questionado.

Assim, informa que, acatando a orientação dos nobres Julgadores da primeira instância desse Eg. CONSEF-BA, a recorrente apresentou pedido de retificação de sua Escrita Fiscal Digital relativamente aos registros que serviram de base para a Infração 03, trazendo à colação os 02 Recibos de Solicitação de Retificação de Arquivos EFD referente aos exercícios de 2013 e 2014 (doc. 03). Explica, todavia, como se sabe, que o procedimento de retificação depende da autorização da autoridade administrativa. Sendo assim, no caso em concreto, ainda que materialmente seja comprovada a procedência das alegações do contribuinte para fundamentar a retificação da sua EFD, tal procedimento não se aplica ao seu caso, em virtude do que estabelece o § 2º, art. 251 do RICMS-BA/2012, cujo texto reproduz.

Logo, tendo em conta a improvável possibilidade de a recorrente obter autorização do Fisco Estadual para retificação da sua EFD, afirma não lhe restar alternativa senão apresentar a estes ilustres Conselheiros de Segunda Instância todas as demais informações comprobatórias das suas alegações, confiando que saberão concretizar a primazia da verdade material, baixando o processo em diligência fiscal, caso se entenda necessário o exame de informações complementares. Por outro lado, caso sobrevenha resposta positiva autorizando a retificação da sua EFD, a recorrente se compromete com a juntada imediata do registro retificado nesse processo.

A recorrente reconhece que a retificação da EFD deve atender ao procedimento específico previsto na legislação do ICMS no estado da Bahia. No entanto, muito embora haja o procedimento, o fato que realmente importa ao presente caso é que o contribuinte já perdeu a espontaneidade de solicitar a retificação da sua EFD. Nesse caso, dada a improbabilidade de

retificação na forma do art. 251 do RICMS-BA/2012, afirma caber a este Egrégio CONSEF-BA atuar com razoabilidade procedendo à análise devida das informações e provas que certificam o pagamento do tributo, a fim de verificar a procedência das alegações do contribuinte, bem como confirmar a pertinência da retificação da EFD da recorrente, no caso em concreto.

Destaca que, à luz da efetividade do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo fiscal, o exame das informações prestadas pelo contribuinte, a despeito da sua EFD, merece ocorrer em respeito à verdade material e ao seu direito de ter avaliadas as provas que produziu. Ademais, afirma ser evidente que o cumprimento de obrigações acessórias (EFD) não pode se sobrepor ao cumprimento das próprias obrigações principais, sob pena de subversão de toda a obrigação tributária.

Assegura que o tributo foi pago, porém as informações prestadas pela recorrente por meio da sua Escrituração Fiscal Digital estavam erradas. E em sendo assim, a prosperar a cobrança do crédito tributário materializado na Infração 03, os únicos prejudicados seriam os estabelecimentos da recorrente, com indubitável enriquecimento sem causa do Estado, assim como com o claro comprometimento do patrimônio da empresa.

E no que concerne ao erro formal na sua EFD, independentemente das alegações de defesa expostos acima, a recorrente se coloca à inteira disposição deste Eg. Conselho de Fazenda Estadual para apresentar qualquer documento sugerido pelo CONSEF ou pelo próprio Autuante, no prazo de diligência ou fora dele, a fim de que seja constatado, de forma inequívoca, a procedências das suas alegações.

Por essas razões, requer seja julgada improcedente a Infração 03.

Quanto à Infração 04, afirma que o acórdão de primeira instância, proferido pela 2ª JF, reconhece a similitude da fundamentação entre as Infrações 03 e 04, reiterando, inclusive, as mesmas razões de decidir expostas em relação à Infração 03. Transcreve trecho do acórdão recorrido.

Assim, de forma semelhante ao quanto alegado em relação à Infração 03, o fundamento dessa acusação, declarado pelo d. Autuante, é o valor probante e jurídico da EFD enviado pela recorrente, que por se apresentar em conformidade com a legislação vigente, e ter sido enviado da forma regulamentar, deve prevalecer enquanto prova da ausência do recolhimento do imposto.

Alega, entretanto, que o entendimento do Autuante não pode prevalecer, pois não leva em consideração as falhas que podem acontecer na rotina das empresas. Explica que, ao longo do presente processo, bem como em precedentes ilustrados pela mesma contribuinte, a recorrente demonstrou e comprovou que sempre agiu pautada na mais pura boa-fé e respeito ao que determina a legislação do Estado da Bahia.

Explica que a sua alegação defensiva é, sim, de ocorrência de falha na informação que apresentou na EFD do mês 11/2014, como se pode observar no Resumo de Apuração que apresentou aos autos às fls. 149-150, pois entende que o valor correto do crédito fiscal decorrente do disposto no art. 301, do RICMSBA/ 2012, é R\$267.801,20, razão pela qual defende que seria necessária a retificação do valor constante no arquivo EFD transmitido. Contudo, consoante exposto em linhas acima, o procedimento administrativo de retificação já não lhe é permitido em virtude de a matéria encontrar-se sob o exame deste Eg. Conselho.

Volta a afirmar que, embora seja improvável que a recorrente obtenha autorização do fisco para proceder à retificação de sua EFD, ainda assim, acatando a orientação dos nobres Julgadores da primeira instância, a recorrente apresentou pedido de retificação de sua Escrita Fiscal Digital relativamente aos registros que serviram de base para as Infração 04, anexando os respectivos Recibos de Solicitação de Retificação de Arquivos EFD referente aos exercícios de 2013 e 2014 (doc. 03). Caso obtenha resposta positiva, a recorrente certamente apresentará nesse processo a autorização para proceder à retificação da sua escrituração fiscal digital. No mesmo sentido da Infração 03, reitera que o foco da Infração 04 desviou-se da análise sobre o adimplemento da obrigação principal de recolhimento do tributo, para a discussão sobre a validade da obrigação acessória consistente no envio de informações para o Fisco (informações, que, segundo vem

defendendo a recorrente, foram prestadas com erro de carácter formal), e a inocorrência de sua retificação na forma do art. 251 do RICMS-BA/2012.

Assim como defendido pela recorrente em relação à Infração 03, assegura que o tributo foi pago, porém as informações prestadas pela recorrente por meio da sua Escrituração Fiscal Digital estavam erradas. E, em sendo assim, a prosperar a cobrança do crédito tributário materializado na Infração 04, haveria certo enriquecimento sem causa do Estado, o que não pode ser admitido. É que, como dito acima, o procedimento de retificação depende da confirmação da autoridade administrativa. Contudo, no caso em concreto, ainda que seja materialmente comprovada a procedência das alegações do contribuinte para fundamentar a retificação da sua EFD, dificilmente esse procedimento resultaria em êxito para a recorrente, em virtude de o crédito tributário encontrar-se sob a análise desse Conselho Fiscal.

Por outro lado, encontrando-se nesse CONSEF-BA a capacidade de analisar as informações contábeis apresentadas pela recorrente aptas a confirmar a correção do seu procedimento, defende que nasce também a oportunidade de resguardar a verdade material no caso em apreço, em reverência ao contraditório e a ampla defesa.

Destaca que a razoabilidade clamada pela recorrente não é estranha a este Eg. Conselho, tendo em vista do precedente representado pelo ACÓRDÃO CJF Nº 0154-11/18 (doc. 04), no qual a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em brilhante voto vencedor, consignou que, embora o contribuinte tenha transgredido a legislação, não é possível à Fazenda Pública manter a cobrança do imposto, sob pena de estar a cobrar valor que efetivamente foi pago. Transcreve o teor da decisão citada.

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

E se é assim, a recorrente requer seja reformado o r. Acórdão recorrido, a fim de que a Infração 04 também seja julgada improcedente.

Diante do exposto, a recorrente espera e confia que este eg. CONSEF/BA saberá fazer justiça, reformando o acórdão recorrido, para JULGAR INTEGRALMENTE IMPROCEDENTE a cobrança materializada no presente Auto de Infração.

Nestes termos, pede deferimento.

Em 30/06/2020, em sessão suplementar, esta 1ª CJF, considerando a argumentação desenvolvida pela recorrente, relativamente à Infração 01 (alegando que a autuação decorreu de um erro formal da empresa, ao apontar uma descrição incorreta da origem das mercadorias), muito embora não haja dúvidas de que se relacionam às efetivas saídas de mercadorias do estabelecimento da recorrente, e não de aquisições para o seu ativo imobilizado, bem como o fato de que o Sujeito Passivo apresenta nova relação de notas fiscais que teriam dado respaldo ao cálculo do crédito, relativamente ao mês de dezembro de 2014, esta 1ª CJF deliberou, em busca da verdade material, converter o feito em diligência, à Infaz de origem, com vistas a que o autuante adotasse as providências descritas a seguir:

1. Investigar se a Recorrente se encontrava, à época dos fatos, habilitada para operar com o tratamento tributário previsto no Art. 3º do Decreto nº 4.316, de 19/06/95;
2. Caso positivo, analisar os documentos fiscais relacionados no Doc. 1 (folhas 214/224) com fins de avaliar se se constituem em provas hábeis a elidir a Infração 01, naquilo que foi mantido pela 2ª JJF;
3. Caso necessário, refazer o demonstrativo de débito, excluindo os valores amparados pelos documentos citados.

Às folhas 270/274, foi cumprida a diligência, tendo o Autuante tecido as considerações que seguem.

Explica que, para o deslinde da questão, convém, antes de adentrar na diligência propriamente

dita, conhecer da decisão prolatada pela E. 3- JF (ACÓRDÃO JF Nº 0118-03/20-VD), em relação à Infração 6, do Auto de Infração nº 269200.0009/18-1, lavrado também contra a empresa Autuada, e publicada em 26/08/2020, que trata de decisão a respeito do mesmo assunto.

Apenas para maior elucidação dos fatos, informa que aquela autuação decorreu exatamente de situação oposta, em que a Autuada efetuou saída de mercadoria tributada como não tributada, tendo se defendido, a autuada, alegando que se tratava de produtos amparados pelo Decreto nº 4.316/95.

Transcreve trecho da decisão citada para, a seguir, concluir que, desta decisão, resta claro que ora a autuada não tributa as suas saídas com os itens em comento, ora tributa, e quer utilizar o crédito presumido ao seu bel prazer.

No caso em tela, afirma que a autuada agora se vale da situação em que tributa suas saídas e alega, ao estornar o valor do débito gerado nessas operações, obedecer ao disposto no art. 39 do Decreto nº 4.316/95. Pondera, todavia, que, para ter este direito, a Autuada deveria não se aproveitar do crédito fiscal dessas mesmas mercadorias por ocasião de suas operações de aquisição anteriores. Afirma, porém, que não foi o que ocorreu, pois creditou-se do ICMS nas entradas anteriores dessas mercadorias normalmente, em todo o período fiscalizado, desde janeiro de 2013, inclusive em dezembro de 2014, período em que ocorreram os fatos geradores do imposto lançado.

Logo, entende restar cristalino que a autuada, ao recusar realizar o estorno do crédito fiscal nas operações de entrada, renunciou ao benefício fiscal estabelecido no Decreto n. 4.316/95, restando obrigada ao destaque do imposto nas saídas das mercadorias em comento, sem poder utilizar o benefício da utilização do crédito presumido estabelecido no art. 3º desse instrumento regulamentar.

Assim, apesar das mercadorias envolvidas na autuação estarem sujeitas, em tese, ao benefício fiscal estabelecido no Decreto nº 4.316/95, afirma que a autuada renunciou à sua utilização, preferindo tributar normalmente as operações com estas mercadorias, no sistema débito/crédito do imposto, não fazendo jus, assim, à utilização do crédito fiscal presumido alegado.

Por fim, nota que a Autuada teria procedido ao estorno do débito apenas em dezembro de 2014, sendo que de janeiro de 2013 a novembro de 2014, não houve estornos no mesmo sentido, já que a Autuada, neste período, agindo conscientemente em respeito a legislação tributária, tributo as operações com essas mercadorias normalmente, a revelia do benefício fiscal em comento.

Assim, conclui pela insubsistência da tese recursal, já que não poderia estornar o valor do débito do ICMS incidente nas operações de saídas mencionada, por meio de utilização de crédito fiscal presumido, de mesmo valor, diretamente em sua apuração mensal, merecendo ser mantido, na íntegra, o valor reconhecido como devido pela 1ª JF, no Acórdão JF nº 0212-01/15.

Afirma, por fim, que, por economia processual, fica intimada, a Autuada, a apresentar, desde a ciência desta Informação Fiscal, no prazo de resposta, o rol de todas as operações de entradas com todas as mercadorias constantes de seus demonstrativos acostados às fls. 214 a 224 do PAF, relativamente ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, contendo o número do documento, chave na nota fiscal eletrônica, data de entrada, base de cálculo, alíquota e valor do ICMS creditado, tudo conforme registrado em suas EFDs, em planilha eletrônica, gravada em mídia CD/DVD.

É a Informação.

Às folhas 281/286, consta manifestação do Sujeito Passivo, tecendo as considerações que seguem.

Destaca que, ao invés de responder à diligência solicitada, o Autuante apresentou discussão jurídica alheia à travada neste processo, específica do Auto de Infração nº 269200.0009/18-1, tratando indevidamente operações distintas, com repercussões tributárias totalmente diferentes, como se fossem a mesma coisa.

Apenas para efeito de esclarecimento, registra que a Recorrente deixou evidenciado, no seu

Recurso Voluntário apresentado naquele Auto de Infração nº 269200.0009/18-1, em relação à Infração 06, que as operações praticadas tratam, de fato, de operações não tributáveis, sem repercussão tributária do ICMS, com base nos argumentos que transcreve, às folhas 283/285.

Argumenta, todavia, que não bastasse a impropriedade da discussão a respeito do Auto de Infração nº 269200.0009/18-1, o Autuante sustenta ainda, de forma genérica, que a Recorrente teria se creditado *“do ICMS nas entradas anteriores dessas mercadorias, em todo o período fiscalizado, desde de 2013, inclusive em 2014, período em que ocorreram os fatos geradores do imposto lançado”*. Deixou de esclarecer, contudo, que o creditamento realizado pela Recorrente somente ocorreu nas entradas originadas de transferências entre seus estabelecimentos, quando se verificou a tributação indevida (lançamento a débito) na filial remetente no momento das saídas das mercadorias, sem o correspondente estorno do imposto destacado nas notas fiscais.

Alega, por outro lado, no que se refere às operações de comercialização efetivamente realizadas pela Recorrente e suas filiais de produtos fabricados no Estado da Bahia por empresas beneficiadas do tratamento previsto nos art. 1º e no art. 1º-A do Decreto nº 4.316/1995, que é importante que fique claro que não houve qualquer utilização de crédito fiscal nas entradas/aquisições das mercadorias, exatamente como determina o art. 3º do Decreto nº 4.316/1995.

Já em relação à diligência fiscal propriamente dita, salienta que o próprio Autuante reconhece que a Recorrente, de fato, goza do benefício fiscal estabelecido pelo Decreto nº 4.316/95 quando afirma que: *“apesar das mercadorias envolvidas na autuação estarem sujeitas, em tese, ao benefício fiscal estabelecido no Decreto n. 4.316/95, a autuada renunciou à sua utilização”*.

Pondera, no entanto, que, ao contrário do que alega o Autuante, não houve qualquer renúncia por parte da Recorrente ao referido benefício fiscal, na medida em que o creditamento nas operações de entrada, repita-se, somente ocorreu nos casos em houve o débito indevido nas saídas em transferência realizadas pelas suas filiais.

Finalmente, registra o atendimento apenas parcial da diligência fiscal por parte do Autuante, tendo em vista a ausência de posicionamento acerca dos seguintes pontos solicitados pelos Julgadores da 1ª CJF: *“4) Caso positivo, analisar os documentos fiscais relacionados no DOC. 1 (folhas 214/225) com fins de avaliar se se constituem em provas hábeis a elidir a Infração 01, naquilo que foi mantido pela 2ª JJF; e 5) Caso necessário, refazer o demonstrativo de débito, excluindo os valores amparadas pelos documentos citados”*.

Dessa forma, tendo comprovado a legitimidade dos seus créditos, decorrentes de saídas de produtos fabricados neste Estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1º-A, conforme autoriza o art. 3º do Decreto 4.316/1995, conclui que se revela insubsistente o valor remanescente da Infração 01, pelo que deve ser julgado improcedente o lançamento fiscal nesta parte.

Ante o exposto, a Recorrente reitera o seu pedido no sentido de que seja julgada improcedente a cobrança fiscal materializada no Auto de Infração nº 269200.0029/17-4.

Pede deferimento.

Às folhas 291/296, o Autuante presta nova informação fiscal, reiterando que o Auto de Infração 269200.0009/18-1, ao contrário do que afirma o Contribuinte, tem tudo a ver com a matéria em disputa, que evidencia claramente que o grupo empresarial, como um todo, atua, ora em uma direção, ora em direção contrária, e que, ao ser questionada pelo Fisco, defende-se com um outro argumento que melhor lhe aprouver.

Afirma que não se pode utilizar o crédito do imposto nas operações de entrada, não interessando se decorrentes de operações de aquisição ou de transferência. Destaca que nos demais períodos da autuação, a autuada não promoveu qualquer estorno de débito, apesar de as operações de entrada e saída serem rigorosamente iguais às que ocorreram em dezembro de 2014.

Por fim, ressalta que cada filial é considerada isoladamente em relação às demais, sendo absolutamente indiferente o que ocorre em outras filiais. Por isso, se houve crédito indevido

apurado em outra filial, há meios legais próprios para ressarcir-se de eventuais prejuízos, distintos do adotado pela empresa, que englobou operações de diferentes estabelecimentos.

Afirma que a não utilização de créditos é *condition sine qua non* para o exercício do seu direito ao estorno dos débitos, o que não ocorreu.

Encerra a sua peça informativa, pugnando pela manutenção da Decisão recorrida.

VOTO

Considerando que não foram suscitadas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

A irresignação recursal tem por objeto as infrações 01, 02, 03 e 04, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. ...”. Trata-se de créditos do ICMS lançados diretamente no resumo de apuração das EFDs, referentes a aquisições de ativo imobilizado, sem comprovação, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento. Explica que a referência ao ativo imobilizado, em dezembro de 2014, decorreu de erro no lançamento. Esclarece que os valores apropriados se referem, em verdade, a créditos presumidos relacionados ao imposto destacado nos documentos fiscais de saída, com base no art. 3º do Decreto 4.318/1995. Acosta demonstrativo, às folhas 214/224, com a relação das notas fiscais de saída que serviram de base ao cálculo do crédito presumido.

Convertido o processo em diligência, para que o autuante pudesse avaliar os documentos citados e o seu valor probatório, o preposto fiscal nega que tenha havido destaque do imposto nas saídas do estabelecimento, considerando as autuações anteriores.

O exame da relação demonstrativa citada, apresentada pelo Sujeito Passivo às 214/224, em confronto com a EFD da empresa, relativa ao mês de dezembro/14, revela que a maior parte das notas fiscais citadas não constam da EFD respectiva (dez/14), a exemplo das Notas Fiscais nºs 94181, 16318, 94773, 16642, 17019, 53304, 94886, 94958, 95011, 16732, 17135, 151574, 16658, 94363, 53719, 95310 e 53517.

Outras notas fiscais constam da EFD enviada, mas, diferentemente do que alega a empresa, foram registradas sem destaque do ICMS, a exemplo da Nota Fiscal nº 17493.

No universo pesquisado, apenas as Notas Fiscais nºs 17559, 17813 e 17442 se encontram regularmente lançadas com destaque do imposto, mas o conteúdo das duas últimas não guarda qualquer relação com as mercadorias citadas pela empresa, pois se relacionam a outros itens completamente diferentes.

Ou seja, no universo pesquisado, apenas a Nota Fiscal nº 17559 (cujo item destacado tem valor de R\$38,70) possui conteúdo compatível com a relação apresentada pela empresa, às fls. 214/224.

Assim, entendo que o Sujeito Passivo não logrou êxito em comprovar o respaldo documental dos créditos glosados, sucumbindo frente às provas acostadas pela fiscalização.

A Infração 01 se encontra caracterizada. Mantida a decisão de piso.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. ...”. Trata-se de créditos relacionadas a mercadorias submetidas ao regime de antecipação tributária, com fase de tributação encerrada, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que os valores glosados decorrem de uma operação de recompra de mercadorias devolvidas com destaque indevido do imposto.

Examinando o demonstrativo de débito relativo à Infração 02, é possível notar que os créditos glosados se referem a valores de ICMS contidos em documentos fiscais emitidos pelo próprio Sujeito Passivo, em operações que classificou de “*recompra de mercadorias devolvidas com destaque indevido do imposto*”, a exemplo das Notas Fiscais nºs 17.487 e 17.488, cujos créditos foram lançados em 03/12/2014.

Segundo consta em tais documentos, essas “*recompras*” decorrem de ICMS indevidamente destacados em Notas Fiscais de Devolução (nºs 7563 e 7574), anteriormente emitidas, em 09/12/2013. Examinando estes últimos documentos citados, percebe-se que ambos se referem a “DEVOLUÇÃO PARCIAL REFERENTE A SUA NOTA FISCAL Nº 654001 DE 31/07/2013 ...”, conforme consta em informações complementares.

O rastreamento completo das operações revela que as operações originárias consistem em aquisições de aparelhos celulares, feitos à empresa Tim Celular, oportunidade em que esta última fez o destaque do ICMS normal e do substituído, incidentes sobre tais compras, conforme prevê a legislação.

Dessa forma, tratando-se de operações de devolução de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (adquiridas diretamente do substituto tributário), o destaque do ICMS (por parte do autuado) é conduta que se impõe, à luz do que prevê o art. 299, inciso I do RICMS/12, havendo excepcionalmente, norma autorizativa do estorno do débito relativo ao tributo destacado, conforme abaixo.

“DO RESSARCIMENTO DO IMPOSTO RETIDO OU ANTECIPADO

Art. 299. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido:

I - o remetente estornará o débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS (grifo acrescido);

II - para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor (grifo acrescido) que tenha retido originariamente o imposto, contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:
...”

Ora, sendo assim, diferentemente do que asseverou a JJF, não incide, neste caso, a regra geral de vedação ao estorno de débito, prevista no art. 307 do RICMS, abaixo reproduzida.

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.”

De fato, por força da autorização contida no art. 299, inciso I, pode, o Sujeito Passivo simplesmente estornar o imposto regularmente destacado nos documentos fiscais de devolução, sem qualquer necessidade de pedir restituição junto à repartição fazendária.

Assim, reformo a decisão de piso para julgar Improcedente a Infração 02.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ...*”. O Sujeito Passivo alega que as operações autuadas foram devidamente tributadas, a despeito do erro incorrido na descrição do Registro CST 041.

A partir do exame dos demonstrativos de débito ANEXO 3-A e ANEXO 3-B, *vis-à-vis* as EFDs do Contribuinte, é possível concluir que as operações listadas não foram, efetivamente, tributadas, diferentemente do que afirma o Sujeito Passivo.

Assim, como o Sujeito Passivo não especificou as suas alegações, entendo que restou caracterizada a presente infração. Mantida a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como “*Recolheu ICMS a menos em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ...*”. O Sujeito Passivo alega erro na EFD do mês de novembro de 2014, afirmando que possui créditos superiores àqueles escriturados.

Inicialmente, é importante destacar que os fatos em discussão ocorreram ao longo do mês de novembro/14, tendo a ação fiscal ocorrido em 2017, momento em que o Sujeito Passivo veio perceber que a sua escrita fiscal se encontra com erro e que teria deixado de se apropriar de créditos.

Caso, efetivamente, possua documentos a respaldar o lançamento de créditos, deve fazê-lo de forma extemporânea, a partir do momento em que tomar conta da falha. Não pode, todavia, querer reabrir a sua escrita, já encerrada, para fazer valer um direito cujo exercício somente pode acontecer na contemporaneidade da sua descoberta, e não mais no passado.

A consulta à EFD da empresa, relativa ao mês de novembro /14 revela que a Recorrente apurou saldo devedor de R\$27.060,99, não havendo registro de sua quitação.

Assim, por ausência de prova da quitação do imposto apurado, entendo que restou caracterizada a Infração 04. Mantida a decisão de piso.

Diante do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo o valor lançado conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA
1	R\$ 8.515,68	60%
2	R\$ -	60%
3	R\$ 78.547,15	60%
4	R\$ 27.060,99	60%
5	R\$ 8.757,22	60%
TOTAL	R\$ 122.881,04	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0029/17-4**, lavrado contra **RAMIRO CAMPELO COMÉRCIO DE UTILIDADES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$122.881,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS