

A. I. Nº - 279697.0017/19-7
AUTUADO - KNAUF DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e
PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/08/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS REGULAMENTARES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado deixou de comprovar o direito à utilização dos créditos fiscais, tendo lançado em sua escrita valor do imposto destacado em documento fiscal, sem previsão legal para a mencionada utilização. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Retificada a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2019, refere-se à exigência de R\$ 399.486,32 de ICMS, acrescido da multa de 150%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.10: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, nos meses de março a junho e outubro de 2017.

Em complemento, consta a informação de que se trata de devolução simbólica de mercadoria depositada em armazém geral, fora do Estado, e que de acordo com o art. 467 do RICMS-BA, tal operação não gera crédito de ICMS.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 34 a 40v do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é pessoa jurídica de direito privado que tem como objeto social a fabricação de artefatos e produtos de concreto, cimento, fibrocimento, gesso e outros materiais semelhantes, bem como o comércio atacadista de materiais de construção, conforme se infere de seu contrato social anexo.

Para a natural consecução do seu objeto social, informa que se utiliza de um Armazém Geral localizado em Santa Catarina — de titularidade de outra pessoa jurídica —, o qual é utilizado para estocar as mercadorias que ainda não foram destinadas a um comprador.

Tomando por base a previsão contida no art. 2º, I da lei Estadual nº 7.014/96, informa que durante o ano de 2017, remeteu mercadorias ao Armazém Geral com destaque do ICMS nas notas fiscais de remessa (Doc. 02), considerando a alíquota prevista no art. 15, inciso II, do mesmo diploma legal.

Diz que o procedimento que foi levado a efeito já havia resultado em antecipação do recolhimento do ICMS, na medida em que o regramento estabelecido a partir do Convênio S/N/70, aderido por todas as Unidades da Federação, contempla como momento de recolhimento do imposto a saída destinada ao adquirente da mercadoria, fato posterior à remessa efetuada pelo estabelecimento autuado em destino ao Armazém Geral.

Informa que essas saídas, efetuadas com destaque do ICMS, foram consideradas na apuração do imposto estadual ao longo do ano de 2017, como se pode consultar no anexo livro Registro de Saídas (Doc. 03). Repisando, houve antecipação do recolhimento do imposto aos Cofres do Estado.

Desse modo, na medida em que as mercadorias mantidas no Armazém Geral foram vendidas aos consumidores finais, diz que o Armazém emitiu Notas Fiscais de Retorno Simbólico (Doc. 04) ao

Impugnante, tendo efetuado o destaque do ICMS nos documentos fiscais, o qual foi consequentemente aproveitado (registrado) no seu livro Registro de Entrada (Doc. 05).

Afirma que, paralelamente às saídas do Armazém Geral, em contrapartida ao creditamento realizado em função da "entrada" de mercadorias por retorno simbólico, emitiu Notas Fiscais de Venda (Doc. 06) destas mercadorias, novamente, com o destaque do ICMS, com a respectiva apuração e débito do imposto devido, conforme se depreende pela análise do livro Registro de Saídas do período (Doc. 03).

Registra que esse procedimento, qual seja, o destaque do imposto na emissão das notas fiscais de venda, eliminou os efeitos do crédito apurado sobre os retornos simbólicos, prevalecendo, assim, o débito que já havia sido imputado na primeira saída.

Assegura que não obstante a imprecisão na forma, os correspondentes débitos derivados por aquelas operações foram integralmente refletidos na sua escrituração fiscal gerando os devidos recolhimentos, os quais, no caso, foram inclusive antecipados por ocasião da primeira remessa destinada ao Armazém Geral. Diz que nenhum prejuízo foi sofrido pelo Erário Estadual, que, na prática, foi beneficiado pela antecipação do recolhimento do imposto.

Alega que, para sua surpresa, a Fiscalização Estadual desconsiderou o desdobramento dos eventos e se limitou a glosar os créditos aproveitados em decorrência da entrada de mercadorias oriundas de Armazém Geral localizado em outra unidade da Federação, em suposta violação ao art. 467 do RICMS-BA, Decreto Estadual nº 13.780/2020.

Diz que a imputação fiscal, operada por meio da glosa dos créditos, resultou na duplicidade do ônus tributário, já que o montante exigido no procedimento fiscal já estava devidamente recolhido em razão da antecipação do pagamento do imposto (primeira saída), além de anulados integralmente os efeitos da apropriação dos créditos, posto que houve novo destaque do imposto por parte do Impugnante.

Ressalta que foram apurados na autuação fiscal débitos de ICMS no valor de R\$ 399.486,32, nos períodos de apuração de março a junho e outubro de 2017, com a consequente cominação da multa de 100% prevista no art. 42, inciso V, alínea 'b' da Lei Estadual nº 7.014/96.

Alega que a cobrança de débitos de ICMS, juros e multa não pode ser mantida, na medida em que é manifestamente nulo e improcedente o Auto de Infração ora impugnado, já que houve recolhimento do débito do imposto nas operações de saída, o que legitima o creditamento realizado em sua escrita, inexistindo qualquer prejuízo ao erário estadual.

Afirma que nos termos do art. 142 do CTN, é dever da autoridade administrativa “*constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”.

Menciona o art. 18, IV, “a” do RPAF-BA e diz que no presente caso, a nulidade se revela na medida em que a Fiscalização Estadual não se ateve às operações realmente praticadas pelo Impugnante, o que gerou a constituição de débitos de ICMS decorrentes de créditos aproveitados legitimamente.

Apresentou o entendimento de que, se a Fiscalização Estadual tivesse perquirido as operações, teria constatado facilmente que houve o destaque e apuração do ICMS tanto nas remessas de mercadorias para o Armazém Geral como nas saídas do Armazém Geral para consumidor final, através da emissão da Nota Fiscal de Venda (Doc. 06).

Informa que será demonstrado no Tópico a seguir, que a nota fiscal emitida para o consumidor final que recebe as mercadorias do Armazém Geral não pode ter o ICMS destacado. No entanto, ao fazê-lo, surgiu para o Impugnante o direito ao crédito decorrente do recolhimento indevido nesta perna da operação, eis que em relação às mercadorias gerou débito do imposto por sua venda a consumidor final.

Diz ser evidente que não se pode observar somente uma determinada operação (no caso, o Retorno Simbólico das mercadorias vendidas que tiveram saída direta do Armazém Geral), devendo-se analisar todas as etapas de toda a operação de venda a consumidores finais envolvendo o Armazém Geral localizado em outro Estado.

No caso, a primeira operação de remessa para o Armazém Geral resultou em desdobramentos fiscais, cujos reflexos absorvem integralmente o valor do imposto exigido no AI que ora é combatido. Para tanto, entende ser necessário tão somente a intimação do Impugnante para esclarecer os motivos que o levaram a aproveitar os créditos de ICMS destacados nas Notas Fiscais de Retorno Simbólico.

Afirma que tal procedimento não foi adotado, por isso, o lançamento fiscal ora impugnado restou nulo por não identificar adequadamente a ocorrência do fato gerador e a determinação da matéria tributável, especialmente pelo fato de que a fiscalização ao identificar as operações de retorno simbólico preferiu adotar o procedimento mais fácil, glosou o crédito apropriado sem procurar investigar se estas mercadorias geraram débito do imposto pela venda futura.

Alega que a única conclusão possível é a de que o Auto de Infração foi lavrado com intuito meramente arrecadatório, sem que se atentasse para a legislação tributária e as operações relacionadas àquelas, objetos do lançamento. Tal afirmativa é corroborada pelos diversos erros materiais identificados no Auto de Infração, abaixo resumidos.

1. No quadro contido na 1ª página do Auto de Infração, a alíquota indicada é de 18%, quando na verdade o destaque foi de 12%. Inclusive, a apuração da Fiscalização Estadual foi elaborada com base na alíquota de 12%, conforme demonstra a Planilha "Crédito Indevido 2017" anexa ao lançamento fiscal (Doc. 07);
2. No quadro contido na 1ª página do Auto de Infração os valores indicados na Coluna "Base de Cálculo (R\$)" estão notoriamente equivocados e não correspondem à Planilha "Crédito Indevido 2017". Enquanto aquele valor soma R\$ 2.219.368,46, o total indicado na Planilha totaliza R\$ 3.329.052,66; o que por si só, dificulta e inviabiliza a ampla defesa no processo administrativo, pois o Impugnante não possui a certeza necessária quanto ao real objeto de sua defesa; e
3. No quadro contido na 1ª página do Auto de infração, há a indicação de que o valor da multa cominada corresponderia a 150% do montante do débito exigido quando, na verdade, a multa aplicada prevista no dispositivo legal indicado equivale a 100% do crédito glosado, o que causa confusão e gera insegurança quanto a penalidade aplicada, incidindo em nulidade da exigência da multa neste particular.

Afirma que não há como conferir ao lançamento presunção de validade, na medida em que simplesmente não houve sequer o zelo para tentar descobrir a verdade material das operações do Impugnante ou na própria confecção da peça de cobrança dos débitos. Ao ignorar a verdade material dos fatos e lavrar o Auto de Infração desta maneira, a Fiscalização Estadual violou o art. 142 do CTN e o art. 18, inciso IV, alínea 'a' do RPAF-BA, Decreto Estadual nº 7.629/99, motivos pelos quais o Impugnante confia que será reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração.

No item IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO, alega que conforme antecipado no Tópico 2, a Fiscalização Estadual apurou a base de cálculo através da identificação das Notas Fiscais de Retorno Simbólico (Doc. 04) e calculou os débitos de ICMS através da glosa dos créditos aproveitados, correspondentes ao destaque do imposto estadual naquelas notas, conforme pode ser visto na Planilha "Crédito Indevido 2017" anexada ao Auto de Infração (Doc. 08).

Diz que tal providência foi adotada pela Autoridade Fiscal baseada unicamente na previsão contida no art. 467 do RICMS-BA, fazendo concluir, sem a análise de toda a cadeia da operação, pela impossibilidade de aproveitamento de créditos na operação de retorno simbólico de mercadorias.

Entende que o dispositivo legal em questão não disciplina de modo expresso a possibilidade de aproveitamento de créditos em tal hipótese, e que se deve considerar, em privilégio à verdade material, que o valor exigido por meio da glosa se fez totalmente desnecessário, na medida em que o Impugnante, em dois momentos distintos, promoveu o débito do imposto. O primeiro, quando da remessa ao Armazém Geral, destacando e pagando o imposto antecipadamente; e, no segundo momento, ao emitir novo documento fiscal por ocasião da venda, fazendo novo destaque em montante suficiente para suplantiar o próprio valor da exigência fiscal.

Diz que o aproveitamento dos créditos glosados foi decorrente do erro praticado pelo Armazém Geral ao efetuar o destaque dos débitos de ICMS, o que induziu o Impugnante ao subsequente equívoco em aproveitar os correspondentes créditos de ICMS. Porém, como houve novo débito do imposto em razão das vendas efetuadas, aquele crédito (inicialmente indevido) foi totalmente anulado, inexistindo qualquer prejuízo ao erário estadual.

Não obstante o disposto no art. 467, alega que ainda assim, a constituição dos débitos de ICMS se mostra equivocada, considerando que efetuou pagamento a maior do imposto estadual em toda a operação de remessa da mercadoria ao Armazém Geral e posterior venda ao consumidor final. A prova de tal recolhimento indevido está justamente na própria redação do art. 467 do RICMS/BA.

Diz que o art. 467 é taxativo ao esclarecer que o depositante (no caso o Impugnante) não destacará o ICMS na nota fiscal emitida para o consumidor final para registrar a venda de mercadoria que se encontra em Armazém Geral localizado em outro Estado.

Alega que as notas fiscais a que se referem o § 1º são justamente aquelas Notas Fiscais de Retorno Simbólico, mas que foram objeto de débito do ICMS na operação de venda que realizou, Doc. 06 da Impugnação, que, conforme se pode ver, possuem o destaque do ICMS e foram consideradas na apuração do imposto devido, como fazem provas o livro RS anexado à Impugnação (Doc. 03).

Diz que terminou por efetuar o recolhimento do ICMS em um momento desonerado da cadeia, o que deveria ter sido levado em consideração pela Fiscalização Estadual, na medida em que todas as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais de Retorno Simbólico foram vendidas, e, nessa ocasião, foram objeto de novo destaque no ICMS por parte do Impugnante.

Anexa planilha para demonstrar que todas as mercadorias remetidas ao Armazém Geral e objeto da emissão de Nota Fiscal de Retorno Simbólico foram vendidas e, conseqüentemente, tiveram o destaque e recolhimento do ICMS efetuado de maneira indevida (Doc. 08). O confronto das notas fiscais contidas no Doc. 06 e no livro RS trazidos no Doc. 03 fazem prova inequívoca de que o Impugnante efetuou o recolhimento do ICMS destacado nas Notas Fiscais de Venda.

Ressalta, mais uma vez, que o ICMS devido em tais operações, já havia sido antecipado, na medida em que as remessas de mercadorias para o Armazém Geral contiveram o destaque do imposto estadual à alíquota de 12%.

Reproduz os arts. 2º, I e 15, II da Lei 7.014/96 e diz que efetuou o recolhimento do ICMS em dois momentos distintos da cadeia, um de forma antecipada (a remessa ao Armazém Geral) e o outro de forma correta (o destaque na Nota Fiscal de Venda). Impor a glosa dos créditos em relação ao retorno simbólico redundaria, na mesma proporção, admitir que os valores recolhidos indevidamente em função do destaque do ICMS nas Notas Fiscais de remessa sejam considerados como crédito do imposto estadual e ser compensado com os débitos constituídos pelo Auto de Infração. Logo, não restaria crédito tributário a ser constituído, visto que o valor exigido já teria sido satisfeito pelo Impugnante.

Diz que a Constituição Federal definiu que o ICMS será não cumulativo, bem como caberá à lei complementar a definição das regras de incidência do ICMS, dentre elas o regime de compensação do imposto estadual. Cita o art. 155 da Constituição Federal.

Uma vez apurados os débitos do ICMS, a legislação impõe que estes serão compensados com os créditos do imposto apurados no mesmo período, especialmente por força do princípio da não

cumulatividade, além dos créditos de ICMS que o contribuinte porventura tenha apurado em períodos de apuração anteriores (saldo credor acumulado)..

Ressalta que depois de operar essa compensação, caso exista saldo de débitos, este deverá ser quitado pelo contribuinte dentro do prazo de vencimento, normalmente pelo pagamento. Por outro lado, se operada a compensação, ainda existirem créditos de ICMS, estes serão transportados para o período de apuração seguinte, passando a compor o saldo credor acumulado.

Apresenta o entendimento de que, sempre ao iniciar uma ação que resulte na constituição de débitos de ICMS, deve-se levar em consideração eventuais créditos do imposto estadual que o contribuinte autuado possa ter. Afirma que nesse sentido, o CONSEF já teve a oportunidade de se manifestar de forma favorável ao entendimento aqui delineado. Cita o Acórdão JJF Nº 0150-05/16.

Caso esta Junta entenda necessário, requer desde já, que os autos do presente processo sejam baixados em diligência, nos termos do art. 7º, § 2º do RPAF/BA, para confirmar as afirmações no presente Tópico, mormente quanto ao recolhimento indevido do ICMS destacado nas Notas Fiscais de venda e sua suficiência para o cancelamento integral do Auto de Infração ora impugnado.

Pede que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, em razão da violação ao art. 142 do CTN e art. 18, IV, “a” do RPAF-BA.

Quanto ao mérito, pede que sejam cancelados os débitos de ICMS, juros e multa, em razão do direito ao aproveitamento de crédito, ainda que de ofício, face a duplicidade de recolhimento do ICMS nas operações que foram objeto do AI.

Na remota hipótese de não acolhimento integral da impugnação, ao menos, que seja reduzida a penalidade aplicada para o percentual previsto na legislação utilizada pela fiscalização para capitulação legal registrada no presente AI (art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96).

Requer, ainda, pela produção de todos os tipos de provas admitidas, em especial, a baixa do presente processo em diligência, nos termos do art. 7º, § 2º do RPAF/BA, para confirmar as afirmações no Tópico 3.2, caso esses julgadores entendam necessário.

Por fim, pugna pelo recebimento das intimações físicas na Rua Nafta, nº 1281, Polo Petroquímico de Camaçari – BA, CEP 42.810-210.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 76 a 81 dos autos. Inicialmente, esclarecem que o presente Auto de Infração fez parte da auditoria realizada nessa empresa nos exercícios de 2015, 2016 e 2017 e que resultou na lavratura de seis autos de infração, totalizando 10 infrações. No decorrer da fiscalização foi identificada reincidência de grande parte das infrações de Auto lavrado em ano anterior, além de novas irregularidades apresentadas ao longo dos seis autos lavrados. Em seguida, passam a analisar a primeira alegação do contribuinte que trata do pedido de nulidade do Auto de Infração.

No que se refere à alegação de que “a Fiscalização Estadual não se ateve às operações realmente praticadas pelo Impugnante o que gerou a constituição de débitos de ICMS decorrentes de créditos aproveitados legitimamente pela Impugnante”, esclarece que este tópico trata do escopo do presente Auto de Infração e será tratado detalhadamente nos tópicos a seguir.

Em relação a apresentação na 1ª página do Auto de Infração da alíquota de 18%, bem como dos valores descritos como Base de Cálculo, informa que de fato houve um equívoco no momento da lavratura do presente auto, erro este, no entanto, que não altera o Valor Histórico do Imposto cobrado. Este valor histórico corresponde inteiramente ao valor descrito na Planilha “Operações de Entrada com Utilização de Crédito Indevido” à fl. 9.

No que se refere a alegação do valor da multa, informa que a imputação desse percentual é feita automaticamente pelo Sistema de Lançamento de Crédito Tributário - SLCT e que a alteração da legislação que promoveu a diminuição desse percentual (de 150% para 100%) passou a vigorar menos de uma semana antes da lavratura do presente auto de infração, que ocorreu no dia 19/12/2019, motivo pelo qual o sistema ainda não tinha sido alterado.

LEI Nº 7.014 DE 04 DE DEZEMBRO DE 1996

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 100% (cento por cento) do valor do imposto:

Nota: A redação atual do inciso V do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

Redação original, efeitos até 12/12/19: "V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

b) em razão da utilização indevida de crédito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento ou o serviço não tiver sido prestado ao seu titular;”

Quanto a alegação de improcedência do Auto de Infração, reproduz a informação do Impugnante de que destacou imposto tanto ao emitir as notas fiscais para o Armazém Geral, quanto nas posteriores emissões de notas de venda das mercadorias guardadas nesse Armazém Geral. E que, dessa forma, tinha o direito ao uso do crédito do imposto destacado nas notas fiscais de entrada referentes à devolução simbólica emitidas pelo referido Armazém Geral. Para suportar essa afirmação, informa que o Autuado anexou planilha às fls. 63 a 65, na qual tentou criar relação entre as notas fiscais de retorno simbólico do Armazém Geral, objeto dessa autuação, com notas fiscais de venda emitidas pela empresa ao longo de 2017. Sobre essa argumentação tece alguns comentários.

Diz que o Impugnante tinha por hábito enviar mercadorias para o Armazém Geral denominado CBR Bom Retiro Armazéns Gerais Ltda, CNPJ 02.015.015/0001-59, localizado no Estado de Santa Catarina. Durante todo o exercício de 2017 pode ser observado, através da análise das notas fiscais emitidas, o correto procedimento adotado por ambas as empresas, no que determina o art. 467 do RICMS/BA.

Através da análise das notas fiscais de saída do estabelecimento autuado é possível verificar que a empresa destacava imposto quando enviava as mercadorias para armazenamento e não destacava o imposto quando vendia essas mercadorias armazenadas para o consumidor final. Ressalta que nas notas fiscais de venda ao consumidor final das mercadorias armazenadas em Santa Catarina, emitidas pelo Autuado, todas elas continham no Campo “Informações Complementares” referência ao local onde as mercadorias estavam armazenadas, conforme exemplos abaixo destacados:

EX: Informações Complementares da NF de saída nº 20627 da Knauf do Brasil Ltda em 11/10/2017

“Ref.interna: 2030107297 -:- Ped.Knauf: 0003898407 - Remessa: 0085935648MATERIAIS ARMAZENADOS EM ARMAZEM GERAL: AVENIDA 21 DE JUNHO, 400 VILLAGE- IMBITUBA - SC. CBR BOM RETIRO ARMAZENS GERAIS LTDA - CNPJ02.015.015/0001-59 IE: 253417732 - NF EMITIDA CONFORME ART. 34 DO CONV.S/N DE 1970 E ART. 471 DO RICMS BA. O PAGAMENTO DO ICMS É DE RESPONSABILIDADE DO ARMAZEM GERAL.”

EX: Informações Complementares da NF de saída nº 19053 da Knauf do Brasil Ltda em 08/08/2017

“Ref.interna: 2030103465 -:- Ped.Knauf: 0003852014 - Remessa: 0085890573MATERIAIS ARMAZENADOS EM ARMAZEM GERAL: AVENIDA 21 DE JUNHO, 400 VILLAGE- IMBITUBA - SC. CBR BOM RETIRO ARMAZENS GERAIS LTDA - CNPJ02.015.015/0001-59 IE: 253417732 - NF EMITIDA CONFORME ART. 34 DO CONV.S/N DE 1970 E ART. 471 DO RICMS BA. O PAGAMENTO DO ICMS É DE RESPONSABILIDADE DO ARMAZEM GERAL.”

EX: Informações Complementares da NF de saída nº 17689 da Knauf do Brasil Ltda em 06/06/2017

“Ref.interna: 2030100195 -:- Ped.Knauf: 0003811411 - Remessa: 0085846911PEDIDO REFERENTE A MAIO/17MERCADORIA RETIRADA DO ARMAZEM GERAL, CBR BOM RETIRO ARMAZENS GERAISLTDA, AV. 21 DE JULHO, 400 VILLAGE - IMBITUBA - SC CNPJ: 02015015/0001-59 IE: 253417732”

3. Da mesma forma, o Armazém Geral ao emitir suas notas de Devolução Simbólica fazia referência às notas de origem da Knauf, bem como as quantidades acobertadas por cada devolução simbólica que refletia a quantidade de mercadoria vendida ao consumidor final.

EX: Informações Complementares da NF de devolução simbólica nº 13 emitida pela CBR Bom Retiro Armazéns Gerais Ltda, em 02/02/2017.

“PED.: REP.: 0- CNPJ: ,,NOTA FISCAL DE DEVOLUCAO SIMBOLICA DE 660 PECAS RELATIVA A NOTA FISCAL 14215, E 60 PECAS RELATIVA A NOTA FISCAL 14232”

EX: Informações Complementares da NF de devolução simbólica nº 1589 emitida pela CBR Bom Retiro Armazéns Gerais Ltda, em 04/08/2017.

“PED.: REP.: - CNPJ: ,, REFERENTE NOTA FISCAL 18101 SERIE 1 EMITIDA EM 27/06/2017. 540 PECAS”

EX: Informações Complementares da NF de devolução simbólica nº 191 emitida pela CBR Bom Retiro Armazéns Gerais Ltda, em 14/03/2017.

“PED.: REP.: - CNPJ: ,, REFERENTE NOTA FISCAL 14634 SERIE 1 EMITIDA EM 10/01/2017. 1320, REFERENTE NOTA FISCAL 14725 SERIE 1 EMITIDA EM 10/01/2017. 50, REFERENTE NOTA FISCAL 152425 SERIE 1 EMITIDA EM 10/01/2017. 120”

Diz que se pode observar é que nos casos específicos das operações consubstanciadas pelas notas fiscais objeto desse auto, não há registro de informações complementares. Dessa forma, não há possibilidade de relacionar as notas de devolução simbólica emitidas com destaque de imposto pelo armazém geral, com as notas fiscais de saída a consumidor final emitidas pelo Autuado e elencadas por ele às fls. 63 a 65. Informa que se tem comprovação aqui é que durante todo o exercício de 2017, ambas as empresas procederam de acordo com as normas estabelecidas pelo art. 467 do RICMS/BA e que coincidentemente houve um erro de ambas as partes nas operações aqui tratadas.

Afirma que o contribuinte prega é que simultaneamente, o armazém geral supostamente “esqueceu” que não deveria destacar imposto e que deveria informar a que notas de origem se relacionavam àquelas descritas nas notas de retorno simbólico, algo repetidamente efetuado por ela, e que a Knauf também “esqueceu” de fazer referência ao local onde as mercadorias estavam armazenadas ao emitir todas as notas fiscais de venda relacionadas supostamente a essas entradas.

Ressalta que as mercadorias contidas nas notas de saída da Knauf, relacionadas às fls. 63 a 65, são as mercadorias comumente vendidas pela empresa. Além disso, como dito anteriormente, nenhuma delas faz referência ao local de armazenamento das mercadorias, fato incomum e equivocado quando se trata de mercadorias saídas de Armazém Geral, portanto, não comprovam a alegação de que estão relacionadas às notas de devolução simbólica com destaque do imposto.

Por fim, quanto ao pedido do Impugnante para “que seja reduzida a penalidade aplicada para o percentual previsto na legislação utilizada pela fiscalização para capitulação legal registrada no presente AI (Art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei 7.014/96)”, concordam com a solicitação do Contribuinte.

Pedem a procedência total do presente Auto de Infração, afirmando que deve ser corrigido o percentual da multa aplicada.

VOTO

O Defendente alegou que a nulidade do presente lançamento se revela na medida em que a Fiscalização Estadual não se ateve às operações realmente praticadas pelo estabelecimento autuado, o que gerou a constituição de débitos de ICMS decorrentes de créditos aproveitados legitimamente.

Apresentou o entendimento de que, se a Fiscalização Estadual tivesse perquirido as operações, teria constatado facilmente que houve o destaque e apuração do ICMS tanto nas remessas de mercadorias para o Armazém Geral como nas saídas do Armazém Geral para consumidor final, através da emissão da Nota Fiscal de Venda. Disse que restou nulo o lançamento por não identificar adequadamente a ocorrência do fato gerador e a determinação da matéria tributável, especialmente pelo fato de que a fiscalização ao identificar as operações de retorno simbólico

preferiu adotar o procedimento mais fácil, glosou o crédito apropriado sem procurar investigar se estas mercadorias geraram débito do imposto pela venda futura.

Observo que o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, utilizando-se Roteiros de Fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem as etapas dos serviços a serem executados pela Fiscalização, mediante uma sequência lógica, podendo verificar livros e documentos fiscais e efetuar levantamento de dados, inclusive em outras fontes.

O Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento. Neste caso, na ação fiscal são analisadas as operações realmente praticadas pelo estabelecimento autuado, o que gerou a constituição do crédito tributário.

A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, 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 autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando fatos que entende serem analisados de forma equivocada pela Fiscalização, se referindo ao levantamento fiscal.

Os argumentos defensivos relacionados à alíquota, base de cálculo e ao percentual da multa aplicada, constantes na 1ª página do Auto de Infração, serão analisados quando da apreciação do mérito da autuação fiscal, considerando que tais fatos não implicam nulidade do presente lançamento.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, 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 PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelos autuantes, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, nos meses de março a junho e outubro de 2017.

Em complemento, consta a informação de que se trata de devolução simbólica de mercadoria depositada em armazém geral, fora do Estado, e que de acordo com o art. 467 do RICMS-BA, tal operação não gera crédito de ICMS ao Autuado.

A exigência fiscal está relacionada a operações de saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte com destino a armazém geral, nas quais deve ser emitida nota fiscal contendo os requisitos exigidos pela legislação, inclusive os arts. 465 e 467 do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzidos para melhor entendimento da matéria aqui tratada.

Art. 465. Na saída de mercadoria depositada em armazém geral, com destino a estabelecimento diverso do depositante, ainda que da mesma empresa, sendo este e o estabelecimento depositante situados neste Estado, o estabelecimento depositante emitirá nota fiscal em nome do destinatário, que conterà os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor da operação;

II - a natureza da operação;

III - o destaque do ICMS, se devido;

IV - a indicação de que as mercadorias serão retiradas do armazém geral, mencionando-se o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o armazém geral, no ato da saída das mercadorias, emitirá nota fiscal em nome do estabelecimento depositante, sem destaque do ICMS, que conterà os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;

II - a natureza da operação: "Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral";

III - o número, a série e a data da emissão da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante, na forma do caput deste artigo;

IV - o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento a que se destinarem as mercadorias.

§ 2º Revogado.

§ 3º As mercadorias serão acompanhadas no seu transporte pela nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante.

[...]

Art. 467. Na saída de mercadorias depositadas em armazém geral situado em unidade da Federação diversa daquela do estabelecimento depositante com destino a outro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, o depositante emitirá nota fiscal, que conterà os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor da operação;

II - a natureza da operação;

III - a indicação de que as mercadorias serão retiradas do armazém geral, mencionando-se o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste.

§ 1º Na nota fiscal emitida pelo depositante, na forma do caput deste artigo, não será efetuado o destaque do ICMS.

§ 2º Na hipótese deste artigo, o armazém geral, no ato da saída das mercadorias, emitirá:

I - nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário, que conterà os requisitos previstos e, especialmente:

a) o valor da operação, que corresponderá ao da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante, na forma do caput deste artigo;

b) a natureza da operação: "Outras saídas - remessa por conta e ordem de terceiro";

c) o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma do caput deste artigo pelo estabelecimento depositante, bem como o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste;

d) o destaque do imposto, se devido, com a declaração: "O recolhimento do ICMS é de responsabilidade do armazém geral";

II - nota fiscal em nome do estabelecimento depositante, sem destaque do ICMS, que conterà os requisitos previstos e, especialmente:

a) o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;

b) a natureza da operação: "Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral";

c) o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma do caput deste artigo pelo estabelecimento depositante, bem como o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste;

d) o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento destinatário, e o número, a série e a data da emissão da nota fiscal referida no inciso I deste parágrafo.

§ 3º As mercadorias serão acompanhadas em seu transporte pelas notas fiscais referidas no caput deste artigo e no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 4º O estabelecimento destinatário, ao receber as mercadorias, lançará no Registro de Entradas a nota fiscal a que se refere o caput deste artigo, acrescentando, na coluna "Observações", o número, a série e a data da emissão da nota fiscal a que alude o inciso I do § 2º, bem como o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do armazém geral, e lançando, na coluna própria, quando admitido, o crédito do imposto recolhido pelo armazém geral.

No caso em exame, se constata que o Armazém Geral emitiu nota fiscal de "devolução simbólica" com destaque do ICMS, e o Autuado utilizou o valor do imposto destacado como crédito fiscal, mesmo sem previsão legal para a mencionada utilização, fato reconhecido nas razões de defesa. Procedimentos em desacordo com o previsto na legislação, conforme dispositivo do RICMS-BA/2012, acima reproduzido.

Na Informação Fiscal, foi esclarecido que de acordo com as notas fiscais de saída do estabelecimento autuado é possível verificar que a empresa destacava imposto quando enviava as mercadorias para armazenamento e não destacava o imposto quando vendia essas mercadorias armazenadas para o consumidor final.

Também foi destacado que não há possibilidade de relacionar as notas de devolução simbólica emitidas com destaque de imposto pelo armazém geral, com as notas fiscais de saída a consumidor final emitidas pelo Autuado e elencadas por ele às fls. 63 a 65. As mercadorias contidas nas notas de saída relacionadas às fls. 63 a 65, nenhuma delas faz referência ao local de armazenamento das mercadorias, fato incomum e equivocado quando se trata de mercadorias saídas de Armazém Geral, portanto, não comprovam a alegação de que estão relacionadas às notas de devolução simbólica com destaque do imposto.

O Defendente alegou que no quadro demonstrativo contido na 1ª página do Auto de Infração, a alíquota indicada é de 18%, quando na verdade o destaque foi de 12%. A apuração da Fiscalização Estadual foi elaborada com base na alíquota de 12%, conforme demonstra a Planilha "Crédito Indevido 2017" anexa ao lançamento fiscal. No mencionado quadro, os valores indicados na Coluna "Base de Cálculo (R\$)" estão notoriamente equivocados e não correspondem à referida Planilha "Crédito Indevido 2017".

O Autuante informou que o equívoco mencionado pelo Defendente ocorreu no momento da lavratura do presente auto, mas não alterou o Valor Histórico do Imposto cobrado. Este valor histórico corresponde inteiramente ao valor descrito na Planilha "Operações de Entrada com Utilização de Crédito Indevido" à fl. 9.

Analisando o levantamento fiscal, não foi constatado erro na determinação da alíquota, considerando que o imposto foi apurado segundo a alíquota cabível para cada operação interestadual, como se pode constar no demonstrativo à fl. 09 do PAF em confronto com o demonstrativo de débito, citado pelo defendente. A indicação da alíquota de 18% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, em conformidade com o Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o referido demonstrativo de débito.

Apesar dessa divergência, incluindo a base de cálculo e a alíquota constantes na 1ª página do Auto de Infração (conforme alegado na Defesa), é atribuído ao Sistema de Emissão Informatizada de Auto de Infração - SEAI, o sujeito passivo, em sua impugnação, descreveu os fatos e se defendeu plenamente, demonstrando ter conhecimento do que está sendo acusado e de não ter sido prejudicado em seu direito ao contraditório. Dessa forma, considero superada a mencionada divergência alegada.

O Autuado afirmou que há a indicação de que o valor da multa cominada corresponderia a 150% do montante do débito exigido quando, na verdade, a multa aplicada prevista no dispositivo legal indicado equivale a 100% do crédito glosado, o que causa confusão e gera insegurança quanto a penalidade aplicada.

Conforme previsto no art. 42, inciso V, alínea “b”, a multa devida em razão da utilização indevida de crédito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento ou o serviço não tiver sido prestado ao seu titular, é de 100% do valor do imposto.

Vale salientar que a redação atual do inciso V do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19. Portanto, a vigência da multa de 150% foi até 12/12/19, devendo ser retificado o percentual da multa aplicada para 100%.

Sobre a alegação defensiva de que efetuou recolhimento indevido, e que, sempre ao iniciar uma ação que resulte na constituição de débitos de ICMS, deve-se levar em consideração eventuais créditos do imposto estadual que o contribuinte autuado possa ter. Tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais ou créditos fiscais existentes, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Concluo que, no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, relativamente à exigência do imposto correspondente ao crédito utilizado indevidamente, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

O Defendente pugna pelo recebimento das intimações físicas na Rua Nafta, nº 1281, Polo Petroquímico de Camaçari – BA, CEP 42.810-210. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, em razão da retificação do percentual da multa aplicada de 150% para 100%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279697.0017/19-7**, lavrado contra **KNAUF DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 399.486,32**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA