

A.I. Nº - 140780.0022/21-0
AUTUADO - COOPERATIVA DOS PROD. DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA - COPALM
AUTUANTE - MAGNO DA SILVA CRUZ
ORIGEM - DAT NORTE – INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE VENDAS. Provado nos autos tratar de devoluções de mercadorias cujo imposto destacado nas notas fiscais de saída foi anulado com o crédito presumido de 100% do imposto destacado, previsto no art. 270, inc. X do RICMS/2012, em opção a quaisquer outros créditos, em razão do Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar – SIPAF outorgado ao sujeito passivo. O crédito pretendido pelo sujeito passivo implica em indevida acumulação de crédito fiscal. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 24/06/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 412.801,44, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “F” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.028. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, para fatos apurados em janeiro de 2018 a dezembro de 2019.

O autuante complementa informando que “*O contribuinte utilizou indevidamente o crédito fiscal do ICMS referente às devoluções de venda da sua produção, considerando que o ICMS devido pelas respectivas vendas, foram compensados com o crédito presumido previsto no Art. 270, inciso X do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. Demonstrativos anexos*”.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com os artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

A autuada, por seus advogados ao impugnar o lançamento, consoante documentos às fls. 17 a 33, inicialmente demonstra a tempestividade da defesa, faz um breve relato dos fatos e reproduz a infração.

Seguindo, informa ser uma cooperativa criada em 2004 por 37 produtores rurais apoiados na crença de que apenas pela cooperação poderiam mudar a realidade de suas famílias, sendo atualmente constituída por cerca de 500 agricultores familiares, muito deles vinculados à agricultura de subsistência, que estão distribuídos em 29 municípios de mais de 214 comunidades do Baixo Sul da Bahia.

Destaca que sua atuação visa orientar técnica e financeiramente seus cooperados, com o objetivo de promover a inclusão social por meio da geração de trabalho e renda, a partir do apoio às famílias cooperadas, sem perder o foco na conservação ambiental.

Acrescenta que, através do trabalho de seus cooperados, atua diretamente para ensinar técnicas, obter certificações e atender padrões de segurança do alimento que garantam a continuidade de suas operações, e, assim, a sustentabilidade das centenas de famílias cooperadas que dependem de tal produção para sobreviver.

Relata que no exercício de suas atividades, teve lavrado contra si o presente Auto de Infração face à suposta utilização indevida de crédito de ICMS referente às devoluções de venda da sua produção nos exercícios de 2018 e 2019 e assim, promete demonstrar que a acusação fiscal não merece prosperar, devendo ser cancelada por ocasião do julgamento.

Ao abordar os fundamentos jurídicos, aponta existirem nulidades pela falta de fundamentação.

Para justificar, reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional e o art. 7º do Código Tributário do Município de Salvador, que estabelecem os critérios necessários à validade do ato de lançamento.

Indica que tais requisitos, quando não presentes, implicam em nulidade da autuação, pois sua ausência resulta na impossibilidade de se identificar com segurança a infração cometida pelo contribuinte, preterindo o seu direito de defesa, argumento que encontra reforço no art. 24, inc. II do “Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 25.370/2013”.

Aponta que da análise dos dispositivos fica claro que condição a imprescindível para o lançamento tributário é a descrição precisa da infração praticada pelo sujeito passivo, de modo a lhe possibilitar o entendimento da acusação.

Ressalta que para ter validade, o lançamento tem que ser claro, provar a ocorrência do fato gerador, correto e claramente tipificado além de indicar, de forma clara e precisa, o sujeito passivo da obrigação tributária, de forma que quaisquer ambiguidades o invalidam, sendo imprescindível que se faça acompanhar da prova.

Reproduz a infração e a descrição dos fatos e assegura que conforme será demonstrado, o art. 309, inc. VIII, do RICMS/BA, autoriza o procedimento realizado, ou seja, autoriza a tomada do crédito de ICMS no exato valor em que debitado nas operações de saída quando do retorno das mercadorias ao estabelecimento por força de devolução.

Conclui não haver qualquer ilegalidade que comprometa o crédito tomado e utilizado pela autuada, tampouco há a indicação no ato de lançamento de quaisquer dispositivos legais que maculem o seu aproveitamento e uso.

Pondera, caso entendesse que o crédito indevidamente utilizado era o crédito presumido tomado com base no art. 270, inc. X, do RICMS/BA, a fiscalização deveria então, ter fundamentado a infração na ilegalidade deste crédito, jamais como crédito tomado com o retorno das vendas.

Justifica ser esta razão pela qual o Auto de Infração é nulo em sua essência, uma vez que não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração supostamente cometida, além de estar fundamentado em fato materialmente inexistente.

Complementa que além da nulidade suscitada, sinaliza outro fato: a lavratura do Auto de Infração nº 1407800023/21-6 - Doc. 03, que engloba os mesmos exercícios de 2018 e 2019 e a acusa de supostamente ter utilizado crédito indevido de ICMS tomado com a aquisição de insumos para a produção de palmito, tais como embalagens, potes de vidro, caixas personalizadas, etc., pois, ao entender da fiscalização a concessão de crédito presumido na venda dos produtos operada pela autuada, art. 270, inc. X do RICMS/BA, impossibilita a tomada de crédito em relação aos insumos que originaram tal produto.

Argui que por se tratar do mesmo período, os fatos se tornam extremamente contraditórios e colocam em xeque o trabalho da fiscalização, porque se houve a devolução das vendas e isso não torna indevida a utilização do crédito, como quer fazer crer a presente autuação, uma vez que o crédito tomado com a entrada/aquisição de insumos posteriormente incluídos nas referidas vendas, e questionado no segundo Auto de Infração, mostra-se, de todo, inquestionável, vez que glosado o crédito presumido fundado no artigo 270, inc. X do RICMS/BA.

Argumenta que se a tomada de crédito dos insumos é ilegal, conforme considerado no Auto de Infração nº 1407800023/21-6, não deve ser questionado o crédito presumido aproveitado com base no art. 270, inc. X do RICMS/BA, tampouco o crédito relativo à devolução de vendas, ora glosado.

Ressalta que além dos Autos de Infração nº 1407800022/21-0 e 1407800023/21-6 serem excludentes, ou seja, é legalmente inviável a manutenção de ambos, pois, há uma clara falta de fundamentação, especialmente probatória, em ambos.

Salienta que para serem julgados procedentes, seria preciso que ambos estivessem mais bem fundamentados e lastreados em evidências, além de comprovar, por exemplo: *(I)* à quais operações de venda as devoluções aqui autuadas se referem; *(II)* se nas referidas operações de venda, houve aproveitamento de crédito presumido; *(III)* se os insumos utilizados nas referidas operações de venda foram, ou não, objeto de tomada de crédito; e, *(IV)* se os créditos dos insumos glosados no Auto de Infração nº 1407800023/21-6 não se referem às vendas que foram objeto de devolução; entre outros.

Conclui que da forma como ambas as autuações foram lavradas, e considerando os elementos probatórios encartados aos autos, é certo que não há como afirmar que as operações autuadas não são correlatas, o que seria essencial para garantir o provimento de ao menos uma das autuações, o que acaba por torná-las, de todo, nulas, ou seja, não basta que se informe o creditamento indevido do imposto, bem como que se aponte os valores supostamente devidos, é necessário que o Fiscal junte todos os documentos que comprovam o alegado e demonstrem de maneira inequívoca o indevido uso do crédito tributário.

Lembra que o Auto de Infração nada mais é do que um ato administrativo plenamente vinculado, exercido pela Fiscalização por disposição legal que lhe confere uma atribuição e, ao mesmo tempo, uma obrigação, na medida em que estabelece requisitos para o exercício dessa função, razão pela qual deve ser sempre motivado, sob pena de nulidade por desrespeito aos princípios constitucionais contidos no art. 37 da Magna Carta e no art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Afirma ser necessário provar e demonstrar o cometimento da infração e apresentar prova a ser produzida pelo Fisco e não pelo contribuinte, porque é do Fisco, de acordo com a lei, o dever de proceder ao lançamento nos moldes do art. 142 do CTN.

Destaca que segundo Aliomar Baleeiro, há cinco elementos a considerar no ato administrativo dentre os quais está *“o motivo, que compreende os fundamentos que dão ensejo à prática do ato. Tratando-se de ato vinculado, os motivos são legais, devem figurar expressamente pela menção à lei em que se baseia”*. No caso em exame, aduz que a autuação se limita a apurar débitos sem maiores cautelas, sem oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu direito de defesa, sem esclarecer o motivo pelo qual chegou ao entendimento que levou a autuação, sem fundamentar de forma contundente a ilegalidade aduzida.

Transcreve lição de Hely Lopes Meirelles sobre a nulidade do ato administrativo e conclui que se não é possível identificar a exata medida da violação à norma pela autuação, tampouco pelo dispositivo invocado como supostamente infringido, é de se concluir que não há infração, ou, minimamente, concluir que, por esta não ser passível de ser desvendada, nem mesmo com base nos dispositivos em que foi capitulada, há cerceamento do direito de defesa, além de incerteza e iliquidez do lançamento.

Afirma que a ação fiscal está desprovida dos requisitos mínimos e indispensáveis de validade e, principalmente por não lhe permitir a ampla defesa e ao contraditório, por isso impõe-se a anulação da autuação.

No tópico “Do Direito - Da Legalidade do Crédito Tomado”, admite que na remota hipótese de manutenção lançamento, ante as nulidades apontadas, promete que demonstrará, no mérito, a improcedência da autuação, face à ausência de ilegalidades no aproveitamento do crédito, objeto de suposta utilização indevida.

Afirma que do relato do Fiscal se extrai que *(i)* a autuada realizou a venda de produtos cujo ICMS ali incidente fora compensado com o crédito presumido de ICMS previsto no art. 270, inc. X, do RICMS/BA; *(ii)* as operações de venda foram objeto de devolução; *(iii)* a autuada tomou crédito

relativo ao retorno das operações de venda, o qual fora indevidamente utilizado, ao entender da Fiscalização.

Diz ser claro que o objeto da presente autuação é “o crédito fiscal do ICMS referente às devoluções de venda da sua produção”.

Repisa não haver qualquer ilegalidade no aproveitamento do crédito de ICMS incidente na operação de venda quando de sua devolução, ou seja, quando do retorno dos bens ao estabelecimento, porque tem suporte no art. 309, inc. VIII do RICMS/BA.

Argui se o ICMS é o imposto devido na saída da mercadoria com a operação de venda, portanto, se tal operação de venda não se concretizou, nada mais justo, até em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, do que garantir ao contribuinte o retorno do ICMS debitado e que se tornou indevido. Contudo, diz que no relato da autuação não há a indicação de qualquer dispositivo que macule a ação adotada, pois ainda que a operação de venda seja incentivada, a fiscalização falhou ao deixar de comprovar, que o contribuinte estaria impedido de tomar tal crédito.

Conclui que dessa forma, não fora utilizado para fins de fundamentação da presente autuação qualquer dispositivo legal que vede ao contribuinte a tomada de créditos de ICMS quando da devolução de uma operação de venda, seja tal saída incentivada ou não.

Repisa não ter infringido qualquer dispositivo legal, de modo que não pode ser penalizada, sobremaneira, pelo uso de um crédito fiscal que o RICMS/BA lhe garante, e, admitir o contrário implicaria em flagrante violação ao princípio constitucional da legalidade tributária em sentido estrito, trazida genericamente no inc. II, do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sobre tal tema, transcreve lição de Hely Lopes Meirelles.

Salienta que a administração não pode exigir da Cooperativa uma ação contrária àquela descrita em lei. Pois, se a lei lhe garante a tomada do crédito de ICMS incidente na operação de venda quando de sua devolução, não há por que penalizá-la com a exigência de ação contrária, especialmente quando a própria autuação deixa de indicar os dispositivos que obrigariam o contribuinte a agir da forma pretendida.

Registra que, acaso entendesse a fiscalização pela ilegalidade do crédito tomado em quaisquer outras etapas do seu processo produtivo, próprio ou presumido, que não o retorno da mercadoria após a operação de venda, deveria então fundamentar a autuação com novos e diferentes dispositivos, relatos, fundamentos e provas, mas, nunca, utilizar a presente autuação, que tem uma limitação específica.

Por todo o exposto, entende ter demonstrado que, na remota hipótese de serem superadas as nulidades que afetam a presente autuação, é o caso de ser julgada totalmente improcedente, uma vez que a conduta da autuada, se mostra em total conformidade com a legislação baiana aplicável, não havendo quaisquer ilegalidades imputáveis para fins de glosa e/ou penalização pelo uso do crédito tomado com a devolução de operações de venda.

Ao abordar o caráter confiscatório da penalidade aplicada, diz que a imposição tributária representa apropriação de bens do cidadão e, portanto, sempre deverá observar fielmente os princípios e preceitos constitucionais.

Lembra que o art. 150, da Constituição versa sobre as limitações do poder de tributar do estado, contendo no inc. IV, expressamente, a regra que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória, devendo-se estender a aplicação desta, às multas tributárias. O princípio da vedação ao confisco decorre da proteção constitucional ao direito de propriedade, elencada no art. 5º da Carta Magna, pois impede que esta norma seja desrespeitada pelo estado através da imposição de exações excessivas, caracterizando, assim, o confisco por via indireta.

Ensina que, tributo com efeito confiscatório é aquele que pela sua taxaçaõ extorsiva corresponde a uma verdadeira absorçaõ, no todo ou parte, do patrimônio do indivíduo pelo estado, sem a correspondente indenizaçaõ ao contribuinte.

Reproduz doutrina do jurista Sacha Calmon e reforça o seu objeto social: trata-se de uma cooperativa composta de agricultores que, em boa parte, praticam agricultura de subsistência para sustento de suas famílias e dependem dos rendimentos obtidos junto aos demais cooperados para sobrevivência.

Adverte que diante da sua realidade, acaso mantida a imputação da multa de R\$ 247.680,89, que se mostra agressivamente confiscatória, certamente inviabiliza a manutenção das suas atividades, pois terá de ser arcada pelos já mencionados agricultores de subsistência.

Cita que o Professor Hugo de Brito Machado afirma que a pena pecuniária deve ser sempre estabelecida em função de um proveito que se presume tenha o infrator obtido com o cometimento do ilícito. Se for além desse proveito, configura-se o confisco, sendo invocável a proteção constitucional.

Na mesma linha, destaca lição de Sacha Calmon. Deste modo, diz ser claro que a multa vai além do limite que seria o dano causado ao Erário, posto que esse dano simplesmente não existe.

Aduz que multas excessivas, que ultrapassam o razoável para punir os transgressores e prevenir para que o ilícito não volte a acontecer, caracterizam o confisco de forma indireta, sendo vedado pela Constituição da República, cuja posição favorável à aplicação do princípio da vedação ao confisco às multas tributárias pode ser percebida em votos de Ministros do Supremo Tribunal, como no voto do Ministro Celso de Mello, cujo trecho transcreve.

Pondera que na remota hipótese de não ser cancelada a infração, deverá ser cancelada a multa, por ser confiscatória.

Requer que seja declarado nulo o Auto de Infração diante da falta de fundamentação legal e alternativamente, que seja julgado integralmente improcedente, ou, subsidiariamente, seja cancelada a penalidade imposta, por ser inequívoca a inexistência da infração apontada.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 88 a 93, onde inicialmente referindo-se aos argumento da inexistência de fundamentação legal na infração, registra que excluindo o art. 70 do Código Tributário do Município de Salvador, e o art. 24, inc. II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 25.370/2013 por desconhecer as razões de tais citações e, considerando que ambos são estranhos à legislação do ICMS, não vislumbrou nenhuma desobediência ao art. 142 do CTN tampouco ao art. 18 inc. II do RPAF/99, transcrito, por quanto todos os pressupostos jurídicos estão presentes no Auto de Infração.

Reproduz o art. 28 do RPAF/99 para demonstrar que o Auto de Infração atende as exigências da legislação baiana, vez que a infração está claramente identificada, seu enquadramento legal e a multa aplicada estão amparados na legislação vigente.

Ressalta que a descrição dos fatos é precisa, de fácil entendimento, assim como toda a ação fiscal, pois foram anexados e recebidos pela autuada os demonstrativos onde constam relacionadas as notas fiscais de devolução e os valores do ICMS destacados, escriturados no Registro de Entradas na sua EFD com o aproveitamento dos respectivos créditos, cuja fonte de dados foi a própria EFD da autuada e as notas fiscais eletrônicas de entradas/compras.

Acrescenta que o enquadramento legal está amparado na legislação aplicável ao caso concreto, ou seja, a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Aponta que a comprovação da infração está caracterizada pela prova inequívoca da escrituração dos créditos indevidos do ICMS referentes as devoluções de vendas conforme notas fiscais eletrônicas escrituradas na sua EFD.

Conclui que assim, fica provada e demonstrada a infração praticada pela autuada, visto que além da citação dos dispositivos infringidos, o Auto de Infração foi lavrado dentro da legalidade, as provas da infração cometida são concretas, os demonstrativos anexados no Auto de Infração e entregues à autuada, relacionam as notas fiscais eletrônicas e utilizadas na escrituração indevida dos créditos fiscais.

Frisa não ter cometido ofensa ao art. 142 do CTN, e ao art. 18 e incisos do RPAF/99, portanto, não há que se falar em nulidade pela falta de fundamentação.

Faz uma breve explicação a respeito do modelo de escrituração utilizado pela autuada que tem como atividade principal a industrialização de palmito adquirido dos seus diversos cooperados e para chegar ao produto final, são adquiridos diversos insumos que geram crédito do ICMS. Entretanto, a autuada optou pela tributação com base no disposto no artigo 270, inc. X do RICMS/2012, que reproduz.

Pontua que assim optando, a autuada fica impedida de utilizar qualquer crédito vinculado às referidas operações ou prestações, e todo o débito é compensado com o crédito presumido disposto no artigo citado, ou seja, a autuada só tem crédito vinculado às operações de saída visto que só opera com a industrialização de palmito.

Afirma que a apuração mensal do ICMS da autuada se resume a lançamentos de entradas de insumos e palmito *in natura* para a industrialização, com a proibição, por sua opção, do uso dos créditos correspondentes, e de saídas do palmito industrializado com débitos do ICMS que são compensados com o incentivo fiscal do crédito presumido previsto no já mencionado art. 270, inc. X do RICMS/2012.

Afirma que nesse contexto, a autuada não tem recolhimento mensal de ICMS visto que só opera com a industrialização do palmito e esse produto tem o SIPAF o que lhe dá a condição do crédito presumido.

Pondera que se as notas fiscais de vendas realizadas têm obrigatoriamente o destaque do ICMS, são lançadas na sua EFD em Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias. No Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, na linha - Saídas e Prestações com Débito do Imposto é lançado o total do ICMS debitado no período e por conta do benefício do art. 270 do RICMS, esse mesmo imposto debitado, é estornado anulando por completo o imposto a recolher.

Explica que infração ora debatida, refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, por ter o contribuinte utilizado indevidamente o crédito fiscal do ICMS referente às devoluções de venda da sua produção, considerando que o ICMS devido pelas respectivas vendas, foram compensados com o crédito presumido previsto art. 270, inc. X do RICMS/2012.

Considerando que todo o débito do imposto foi anulado com o crédito presumido, como explicitado, não há porque a autuada se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de devolução de vendas; esse crédito utilizado indevidamente não será reutilizado ou reaproveitado em nenhum momento seguinte, pois mesmo que a autuada reponha o produto devolvido será emitida nova nota fiscal de saídas, com novo destaque do ICMS devido, que será lançado e anulado na EFD, pelo método de escrituração acima descrito.

Sinaliza que no contexto do pedido de nulidade pela falta de fundamentação, a autuada invoca o art. 309, inc. VIII do RICMS/BA e afirma que essa legalidade está explícita no *caput* do art. 270 do RICMS/BA, transcrito.

Reforça que o levantamento está consubstanciado nos demonstrativos anexados no Auto de Infração e foram elaborados considerando o exame das notas fiscais eletrônicas de devoluções de venda da produção do estabelecimento com os CFOPS 1.201 e 2.201, referente às entradas/compra escrituradas na sua EFD.

Repisa não vislumbrar motivação para a anulação do Auto de Infração.

Garante que em nenhum momento a fiscalização violou o princípio constitucional do direito ao crédito, pois a autuada procedeu como manda o inc. VIII do art. 309 do RICMS/BA, entretanto, como a metodologia de escrituração adotada, por sua opção foi a do crédito presumido, deveria lançar o crédito da devolução e concomitantemente lançar o estono respectivo na sua EFD, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade.

Salienta não vislumbrar motivação para a improcedência do Auto de Infração.

Quanto ao terceiro argumento da defesa, referente ao caráter confiscatório da penalidade aplicada, lembra que a multa aplicada está de acordo com o previsto no art. 42 inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, que estabelece em 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Entende que esta matéria já está pacificada pois, a jurisprudência do STF já sedimentou o entendimento segundo o qual somente as multas fixadas em patamar superior a 100% do valor do crédito tributário ostentam o caráter de confisco.

Conclui que no caso presente o percentual da multa aplicada é legal, já que não é superior ao valor do crédito tributário, o que descaracteriza a alegação de caráter confiscatório da mesma.

Ratifica toda a ação fiscal, por entender que não procedem os pedidos de nulidade do Auto de Infração, da improcedência da infração e do cancelamento da multa aplicada.

Assim, espera que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente por ser de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo, encontra-se estabelecido no município baiano de Igrapiúna, é contribuinte do ICMS, portanto, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e atua em várias atividades econômicas, tendo como principal a fabricação de conservas de palmito.

O Termo de Início de Fiscalização foi encaminhado ao contribuinte, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e em 12/04/2021, lida no mesmo dia, fl. 04.

Através de outra mensagem postada no DT-e em 29/06/2021, a autuada tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 05/07/2021, fls. 12 e 14, oportunidade que recebeu os demonstrativos em arquivos eletrônicos, cujas cópias impressas estão apensadas aos autos às fls. 05 a 11-v.

O demonstrativo analítico que sustenta a infração foi elaborado pelo autuante de forma precisa e objetiva, contendo todos os elementos necessários e suficientes para a perfeita cognição da acusação além de indicar os valores calculados, cuja memória de cálculo está claramente demonstrada, referente aos valores creditados na sua EFD, decorrentes de operações de devoluções de mercadorias tributadas, cujos débitos quando das saídas, foram estornados com fundamento no art. 270, inc. X do RICMS/2012.

A acusação se encontra perfeitamente descrita, assim como está claramente explicitado o suporte legal aplicável, os cálculos do imposto devido demonstrado de forma objetiva e clara, assim como perfeitamente tipificada a multa sugerida.

Verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Contudo, a autuada arguiu nulidade do lançamento sob o argumento de que o *“ora impugnado Auto de Infração é nulo em sua essência, uma vez que não contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração supostamente cometida (ou seja, não fundamenta legalmente a impossibilidade de aproveitamento do crédito fundado no artigo 309, VIII, do RICMS/BA), além de estar fundamentado em fato materialmente inexistente, nos termos do artigo 24 do Decreto nº 25.370/2013”*.

Inicialmente desconsidero a referência ao Decreto nº 25.370/2013, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no âmbito do Estado de Alagoas, por não ter aplicação no Estado da Bahia, em observância ao Princípio da Territorialidade da legislação, consagrada no Código Tributário Nacional, que assim dispõe no seu art. 102: *“Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”*.

Quanto ao argumento de que o lançamento é carente de *“elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração supostamente cometida”*, por tudo já exposto, não pode ser acolhido.

O contribuinte ainda alega ter direito aos créditos fiscais, ora glosados, em função do que estabelece o art. 309, inc. VIII, do RICMS/2012. Considerando que este argumento afeta matéria de mérito, será oportunamente abordado.

Discordo da afirmação da defesa, de que o lançamento está fundamentado em fato materialmente inexistente, vez que o fato: *“Uso indevido de crédito fiscal”*, ocorreu e encontra-se respaldado nas provas, demonstrada e documentada na própria Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, de seu inteiro conhecimento, já que por ele foi elaborada e transmitida via SPED-fiscal, portanto, de sua inteira responsabilidade.

Destarte rejeito a arguição de nulidade.

Ao adentrar na análise do mérito, há uma questão preliminar a ser analisada.

Refiro-me ao fato destacado na defesa quanto a existência do Auto de Infração nº 1407800023/21-6, sobre o qual alega que os fatos apurados recaem sobre os mesmos exercícios, ou seja, 2018 e 2019, no qual lhe acusa de utilização indevida de crédito fiscal, pela utilização de crédito presumido com vedação de crédito devido a aquisição de insumos para a produção de palmito, tais como embalagens, potes de vidro, caixas personalizadas, etc., em razão do entendimento da fiscalização de que a concessão de crédito presumido na venda dos produtos impossibilita a tomada de crédito em relação aos insumos.

Aduziu ainda que por se tratar do mesmo período, os fatos se tornam contraditórios e colocam em “xeque” o trabalho da fiscalização, porque se houve a devolução das vendas e isso torna a utilização do crédito indevida, como ocorre no presente processo, o crédito tomado com a aquisição de insumos posteriormente incluídos nas referidas vendas, e questionado no outro Auto de Infração, mostra-se contraditório, vez que foi glosado com base no art. 270, inc. X, do RICMS/2012.

Assim, considera que tendo no presente caso se apropriado dos créditos com base no mesmo dispositivo legal (art. 270, inc. X do RICMS/2012), não deveria ser questionado e se foi, os dois Autos de Infração teriam exigências excludentes.

Constato que nos termos do Auto de Infração nº 1407800023/21-6, se exige o ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativos à aquisição de mercadorias.

A autuação, portanto, exigiu o ICMS corresponde ao crédito fiscal decorrente da compra de insumos para produção de palmito, considerando que a utilização desses créditos fiscais está vedada conforme o art. 270, inc. X do RICMS/2012.

No presente caso, o imposto exigido decorre também da utilização indevida de crédito fiscal, porém, diferente do anterior, este decorre da apropriação de créditos decorrentes de operações de devoluções de vendas da sua produção, considerando que o ICMS devido nas respectivas vendas foram compensados com o crédito presumido, consoante previsão do art. 270, inc. X do RICMS/2012.

Não vislumbro nenhuma contradição, pois ambos os lançamentos exigem o ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, contudo, se diferenciam quanto a origem destes: no presente caso, o crédito indevidamente utilizado decorreu da apropriação de créditos provenientes de operações de entradas de mercadorias devolvidas (CFOPs 1.201 e 2.201) enquanto o outro Auto de Infração (1407800023/21-6) os créditos fiscais glosados decorreram da entrada de mercadorias adquiridas pelo estabelecimento na condição de insumos.

Portanto, resta claro que não existe sobreposição nas duas autuações, apesar de ambas terem o mesmo fundamento.

A infração foi identificada pelo Fiscal, em razão do contribuinte ter infringido especificamente o que dispõe o art. 270, inc. X, *in verbis*.

Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações: (...)

X - aos fabricantes organizados em cooperativas ou associações, cujos produtos possuam Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar - SIPAF, expedido pelo Governo Federal ou do Estado da Bahia, no valor equivalente a 100% (cem por cento) do imposto incidente no momento da saída de seus produtos, observado o § 3º; (...)

§ 3º O benefício previsto no inciso X do caput alcança a associação ou cooperativa comercial em relação aos produtos que foram remetidos por conta e ordem para industrialização em estabelecimento de terceiro localizado neste Estado. (Grifo do relator)

A justificativa, deve-se ao fato da autuada ter feito a opção em utilizar o crédito presumido em suas operações em vez de utilizar quaisquer outros créditos fiscais.

A opção do contribuinte é de caráter voluntário e no presente caso, houve a escolha da modalidade, fato que pode ser constatado na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, assim como confirmado pelo autuante.

Portanto, tendo optado pelo crédito presumido, não poderia se apropriar de créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias, mesmo de insumos.

Mais ainda se apropriar de crédito fiscal de mercadorias devolvidas uma vez que nas respectivas anteriores saídas dessas mercadorias o valor do ICMS destacado na nota fiscal, foi estornado a título de crédito presumido e ainda diante do fato que se estas mercadorias fossem objeto de nova saída, o imposto devido, novamente será estornado a título de crédito presumido.

Ressalto que esse é o entendimento do CONSEF acerca da matéria, conforme julgados, dentre os quais destaco o Acórdão CJF nº 0334-12/12 e mais recentemente o julgamento do Auto de Infração nº 140780.0029/20-6, apreciado por essa 2ª JF em 11/11/2021, que trata sobre matéria idêntica, cuja autuada é a mesma – Acórdão nº 0213-02/21VD.

Portanto, a infração está caracterizada e a ateno como subsistente.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, deixo de apreciar em razão de carecer este órgão de julgamento administrativo para cancelar multas por falta de previsão legal para tal, sendo que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que permitia ao órgão julgador administrativo a redução ou cancelamento de multas se restringia aquelas decorrente do descumprimento de obrigações acessórias, condicionada a comprovação que as infrações tenham sido praticadas sem dolo,

fraude ou simulação e não implicassem na falta de recolhimento do imposto, foi revogado pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140780.0022/21-0**, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PROD. DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA - COPALM**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 412.801,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR