

PROCESSO	- A. I. Nº 269193.0010/21-6
RECORRENTE	- CERVEJARIA KAISER BRASIL S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0032-03/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0152-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO ÍNSITO NA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO. Comprovado o cálculo alegado nas razões recursais, de modo a ajustar, doravante, tal apuração ao período mensal, remanesce parte do valor exigido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0032-03/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2021 para exigir o valor de R\$ 7.475.760,77, referente ao mês de agosto de 2020, sob a acusação de:

“Transferiu de crédito fiscal de ICMS maior que o incidente na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais, de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária.

O autuado efetuou vendas interestaduais de produtos com ICMS antecipado na operação de compra. Nesses casos, são as seguintes as ações consequentes: 1) Ressarcimento do ICMS antecipado ao fornecedor original, na forma do Art. 301 do RICMS/2012; 2) Utilização do crédito do ICMS destacado nessas operações de compra, prevista no mesmo dispositivo regulamentar, com os limites estabelecidos no art. 312-V do RICMS/2012; 3) o que excede tais limites deve ser estornado e pode ser transferido para o fornecedor original (indústria possuidora de benefício fiscal), mediante consecução de Regime Especial para tal; o imputado possui tal Regime, constante do Parecer 1559/2020, que prorrogou o Parecer 29166/2018, ambos exarados pela DITRI; 4) No mesmo instante, deve ser transferida a parcela referente ao FECEP NO (Fundo Especial para Combate e Erradicação da Pobreza, referente ao ICMS Normal), que não pode ser utilizada pela demandada. O contribuinte procede ao RESSARCIMENTO do ICMS ST (inclui o Fecep ST) e à TRANSFERÊNCIA do ICMS NO e do Fecep NO, mês a mês, como previsto no já citado Regime Especial e no Art. 301, do RICMS/2012, e o faz assim: No mês do fato gerador, lança como Ajuste em Outros Créditos na EFD, os créditos de ICMS NO das entradas equivalentes às vendas aqui narradas, sob a rubrica LANÇAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS A APROPRIAR, bem como do FECEP NO. No mês seguinte transfere para a indústria originária, mediante emissão de Notas Fiscais, todo o FECEP NO, o ICMS transferível na forma acima narrada, assim como o Ressarcimento do ICMS ST (incluindo o Fecep ST); geralmente o faz em um mesmo processo. A infração aqui imputada refere-se ao Ressarcimento do ICMS ST (inclui o Fecep ST) a maior, no mês de referência de agosto/2020, constante do processo nº. 76175/2020-4. A empresa foi intimada a regularizar o ilícito, como se vê na Intimação acostada ao PAF, mas não o fez, o que gerou esta autuação fiscal. No ANEXO A desta infração tem-se o Demonstrativo Sintético da irregularidade, e o conteúdo completo encontra-se no CD de Arquivos Eletrônicos anexo a este PAF”.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

VOTO

Inicialmente consigno que o presente Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação de regência, precípua mente os contidos nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a presente autuação.

O Autuado solicitou a realização de Perícia Fiscal dos documentos fiscais que apresentou em sua impugnação e no decorrer no processo administrativo com o objetivo de comprovar a cobrança equivocada do estorno a mais do crédito fiscal.

Indefiro o pedido, com fundamento nas alíneas “a” e “b”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, haja vista que o deslinde da questão independe de conhecimento técnico, bem como os elementos já constantes dos autos

são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a transferência de crédito de ICMS a mais que o incidente na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais, de mercadorias tributadas anteriormente, no mês de agosto de 2020, consoante demonstrativo de apuração acostado à fl. 06 e CD à fl. 09. Consta como complemento que a infração imputada se refere ao Ressarcimento do ICMS-ST (incluindo o FECEP ST) a maior, constante do Processo nº 7617/2020-4, destacando que o Autuado foi intimado para regularizar o ilícito, mas não o fez, o que gerou a presente autuação fiscal.

Em sede de Defesa o Impugnante pugna pelo cancelamento da autuação aduzindo ter constatado que a Fiscalização desconsiderou determinados fatos e se equivoca ao analisar o período de 2020. Sustentou que, sob autorização verbal concedida pelo próprio Fisco Estadual através do Fiscal responsável, adotou dinâmica diferenciada para apuração dos valores objeto do ressarcimento do ICMS no período de maio, junho e julho, que, por sua vez, acabaram por refletir em agosto de 2020.

Explicou ainda o Defendente que, sob “autorização verbal” concedida pelo próprio Fisco Estadual acordou com a Autoridade Fiscal, por preposto responsável pelo acompanhamento de sua situação fiscal perante a SEFAZ/BA, adotou “dinâmica diferenciada” para apuração dos valores objeto do ressarcimento do ICMS no período de maio, junho e julho, que, por sua vez, acabaram por refletir em agosto de 2020. Informou que alterou as datas de corte de apuração para o ressarcimento do imposto no período de maio, junho, julho e agosto, passando para os dias: i) - 01/05/2020 a 25/05/2020; ii) - 26/05/2020 a 25/06/2020; iii) - 26/06/2020 a 20/07/2020; iv) - 21/07/2020 a 31/08/2020.

Por isso, esclareceu que, em razão da alteração das datas de apuração acordadas verbalmente com a Autoridade Fiscal, nos períodos de maio, junho, julho e agosto os créditos fiscais foram apurados de forma distinta ao quanto lançado na autuação.

Sustentou não ter ocorrido ressarcimento em valor indevido “a mais” em agosto de 2020, mas, tão-somente, ressarcimento do valor dos créditos fiscais ocasionados por conta do reflexo da apuração dos períodos de maio, junho e julho de 2020.

Em suma, esses foram os argumentos articulados pelo Impugnante para se eximir da infração que lhe fora imputada.

Em sede de Informação Fiscal os Autuantes asseveraram desconhecerem qualquer “autorização verbal” para que o Autuado aplicasse alegada “dinâmica diferenciada” de apuração ou fiscalização prévia por parte da SEFAZ.

Registraram que, ao contrário do que afirmou o Autuado, reconheceram o direito ao Ressarcimento e à Transferência de ICMS-NO, contudo, ambos foram efetuados a maior.

Explicou que, nesses casos, quando apresentada a solicitação pelo interessado, o procedimento adotado pela IFEP - Norte é autorizar o lançamento requerido, sem Efeito Homologatório. Em seguida, é destacado um Auditor Fiscal para a verificação dos valores apresentados, na forma prevista no Regime Especial.

Esclareceu ainda que a Inspetoria desenvolveu uma planilha para a correta apuração dos valores devidos, a partir dos dados lançados pelo contribuinte em sua EFD e tabulados pelo aplicativo SIAF, da SEFAZ, o preposto fiscal verifica os documentos e planilhas acostados ao processo e compara com essa referida planilha da IFEP e a partir disto, emite o Parecer Intermediário, que estriba o Parecer Final. Em caso de divergências, como ocorreu no presente caso o contribuinte é intimado a proceder a correção.

Conforme assinalado no Parecer Final, cuja cópia foi entregue ao Impugnante, e de acordo com estabelecido no regime Especial vigente o contribuinte apresentou pedido de visto nos DANFEs nºs 24099 e 24101, fls. 69 e 70, nos valores de R\$ 34.537,258,30 e R\$ 5.192.257,54, respectivamente, e apresentação do relatório referente mês 08/2021, documentando a transferência de crédito fiscal destinado a empresa HNK BR IND BEBIDAS LTDA, IE 084.864.956.

Observou ainda o Parecerista que o citado visto nos DANFEs foi autorizado pela IFEP/Norte sem efeito homologatório e comunicado ao contribuinte, sendo os relatórios que acompanham o processo encaminhados a fiscalização que na sua análise detectou que foram arroladas notas fiscais de períodos distintos do constante no pedido e os valores referente ao Fundo Especial de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP não houve destaque do percentual na emissão da Nota Fiscal, porém constam na Escrituração Fiscal Digital - EFD, e por isso não causaram prejuízo ao erário da fazenda estadual, entretanto a Metodologia que precisa ser corrigida.

Acompanhando o parecer da Fiscalização foi sugerido o deferimento parcial da transferência de crédito nos seguintes valores: Ressarcimento de ICMS ST - R\$ 27.061.497; Transferência de crédito de ICMS NO - R\$ 3.011.630,97; Transferência de crédito de FECEP NO - R\$ 1.316.737, solicitando que, após a anuência do sr. Inspetor a Requerente deverá ser cientificada da necessidade de proceder ao estorno do valor lançado a mais.

Depois de examinar todos os elementos que emergiram em torno do contraditório instalado nos presentes autos, constato que restou patente que o Impugnante - apesar de mencionar que houvera acordado com a Autoridade Fiscal responsável pelo acompanhamento de sua situação fiscal, não carreou aos autos qualquer comprovação

de sua alegação - alterou as datas de corte da apuração do imposto para o Ressarcimento no período de maio, junho, julho e agosto de 2020, aplicando o que denominou de “dinâmica diferenciada” passando, respectivamente, para os dias i) - 01/05/2020 a 25/05/2020; ii) - 26/05/2020 a 25/06/2020; iii) - 26/06/2020 a 20/07/2020; iv) - 21/07/2020 a 31/08/2020.

Considerando que o Autuante asseverou em sua informação fiscal desconhecer o acerto verbal para a “dinâmica diferenciada”, assinalou que em todos os processos que analisou do contribuinte, ora autuado, tanto a solicitação, quanto as notas fiscais, sempre os valores apurados se referem a meses “cheios” e não recortados como fizera o autuado nos presentes autos. Aliás, é como também consta no campo “Informações Complementares” da cópia dos Danfes acostados aos autos pelo Defendente às fls. 69 e 70, “Ressarcimento de ICMS-ST, conforme art. 301, do RICMS BA de acordo com as notas fiscais emitidas no mês de 08/2020”.

Comungo com o entendimento esposado pelo Autuante de que, se for acolhida a “dinâmica diferenciada”, metodologia adotada pelo Impugnante, ao tratar o período de apuração fracionado, ou seja, não apurando os valores dentro do período de cada mês, “cheio”, não há como a Fiscalização aferir a imprescindível origem dos valores apurados, uma vez que consoante preconiza a legislação de regência do ICMS, o período de apuração do imposto é mensal.

Assim, entendo não assistir razão ao Impugnante que, ao seu alvedrio, ao menos pelo que emerge das peças que compõem os autos, adotou procedimento não previsto nos normativos de regência, para apuração dos valores do Ressarcimento do ICMS-ST, inclusive do FECEP - ST, alterando as datas de corte da apuração dos valores devidos. Eis que, sem qualquer justificativa plausível e desprovido de amparo legal.

No que diz respeito à alegação da Defesa de que não lhe fora concedida a oportunidade de realizar as retificações necessárias nas obrigações acessórias, constato que tal assertiva não condiz com a realidade dos fatos, uma vez que constam dos autos, fls. 04 e 05 que o Impugnante fora intimado a adotar as providências cabíveis para refazimento e reenvio da EFD 2019 e 2020 e referente a ago/2020, em vista das planilhas de fiscalização, em vista do Parecer nº 076175/2020-4, cujas cópias lhes foram enviadas e concedido o prazo regulamentar para se manifestar.

Nos termos expendidos, mesmo tendo recebido todos os demonstrativos analíticos e sintéticos que discriminam a origem da presente exação, que apuraram os valores: Ressarcimento de ICMS ST - R\$ 27.061.497; Transferência de crédito de ICMS NO - R\$ 3.011.630,97; Transferência de crédito de FECEP NO - R\$ 1.316.737, o Autuado não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal e nem procedeu ao estorno do valor lançado a mais.

Assim, concluo pela subsistência da autuação. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, às fls. 102 a 114 dos autos, após proceder uma síntese dos fatos da acusação fiscal e da impugnação, preliminarmente, o recorrente requer a reforma do Acórdão recorrido para que o PAF retorne à JJF para novo julgamento, determinando-se a realização da perícia fiscal e respondidos os quesitos formulados, com fundamento no art. 145 do RPAF, sob pena de cerceamento da defesa.

No mérito, aduz que, em sede de impugnação, esclareceu que mediante autorização verbal concedida pela própria autoridade fiscal responsável pelo acompanhamento de sua situação fiscal perante a SEFAZ, adotou dinâmica diferenciada para apuração dos valores objeto do ressarcimento do ICMS no período de maio, junho e julho, que, por sua vez, acabaram por refletir em agosto de 2020.

Diz que o referido acordo consistiu na alteração das datas de corte de apuração para o ressarcimento do imposto no período de maio, junho, julho e agosto, passando para os dias: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020 e 21/07/2020 a 31/08/2020.

Atesta que, apesar da alteração das datas de apuração, as demonstrações, que poderão ser confirmadas em perícia fiscal, comprovam que não ocorreu ressarcimento em valor indevido no período de agosto de 2020, mas tão somente o ressarcimento do valor dos créditos fiscais ocasionados por conta do reflexo da apuração dos períodos de maio, junho e julho de 2020, em vista das razões expostas, conforme a seguir:

CÁLCULO IMPUGNANTE				
Período	maio/20	junho/20	julho/20	agosto/20
Apuração	01/05 a 25/05	26/05 a 25/06	26/06 a 20/07	21/07 a 31/08
Nota Fiscal	18.042	20.805	22.193	24.099
ICMS-ST	18.244.756,80	11.337.074,65	15.683.612,55	31.978.942,40
FECOP-ST	1.459.580,49	906.966,07	1.254.689,38	2.558.315,90

RECÁLCULO DA AUTUAÇÃO (premissas)				
Período	maio/20	junho/20	julho/20	agosto/20
Apuração	01/05 a 31/05	01/06 a 30/06	01/07 a 31/07	01/08 a 31/08
ICMS-ST	20.713.591,54	12.042.045,80	19.203.320,20	25.035.008,24
FECOP-ST	1.660.184,23	963.737,63	1.536.266,14	2.002.879,91

		Diferença		
Período	maio/20	junho/20	julho/20	agosto/20
Apuração	01/08 a 31/08	01/08 a 31/08	01/08 a 31/08	01/08 a 31/08
ICMS-ST	(-) 2.468.834,75	(-) 704.971,16	(-) 3.519.707,66	6.943.934,16
FECOP-ST	(-) 200.603,73	(-) 56.771,55	(-) 281.576,76	555.435,99

Assim, segundo o recorrente, o crédito é legítimo e a diferença apontada pela fiscalização nada mais é do que um equívoco quanto à forma de estorno do crédito fiscal, mas que não resultou em ressarcimento a maior, pois:

- Sua apuração está pautada nas datas acordadas com a autoridade fiscal e, por conta disso, ocasionaram distinções na apuração dos valores dos ressarcimentos do período de maio, junho, julho e agosto/20.
- Apesar de aparentemente o período de agosto apresentar um valor maior de estorno de crédito fiscal, isso não ocorre pois se trata de mero reflexo dos valores relacionados à apuração dos períodos de maio, junho e julho de 2020.
- Tal fato pode ser constatado quando confrontado a apuração refletida na EFD com as premissas adotadas na autuação, eis que os créditos fiscais “não resarcidos” no período de maio, junho e julho referem-se justamente a diferença cobrada na presente autuação que versa sobre o período de agosto.
- Frisa que independentemente da forma de apuração dos créditos fiscais ao final os ressarcimentos foram realizados no exato valor questionado.

Assim, reitera que o valor tido como ressarcido a maior pela recorrente no mês de agosto diz respeito exatamente aos valores que deixaram de ser ressarcidos nos meses de maio, junho e julho, eis que, muito embora o crédito apontado pela fiscalização para o período de 01/08 a 31/08 seja de R\$ 27.037.888,15 e o ressarcido pela recorrente tenha sido de R\$ 34.537.258,30, é fato que a diferença entre estes cálculos diz respeito aos valores que deixaram de ser ressarcidos nos meses de maio, junho e julho de 2020, justamente em razão da alteração das datas de corte acordadas com a autoridade fiscal, conforme tabela abaixo, que resume os demonstrativos colacionados anteriormente.

MÊS	Vlr apurado pelo Fisco	Vlr Ressarcido pelo Recorrente	Diferença
maio/20	22.373.775,77	19.704.337,29	(-) 2.669.438,48
julho/20	13.005.783,43	12.244.040,72	(-) 761.742,71
julho/20	20.739.586,34	16.938.301,93	(-) 3.801.284,41
agosto/20	27.037.888,15	34.537.258,30	7.499.370,15

O recorrente ressalta ainda que deve ser levado em consideração que possui Regime Especial aprovado pelo Estado da Bahia, cujo intuito é facilitar os procedimentos para o ressarcimento de ICMS/ST, que nada mais é do que valores de ICMS pagos indevidamente para a Fazenda Estadual, em relação às mercadorias comercializadas para fora do Estado da Bahia.

Friza que não se sustenta a argumentação de que tais ressarcimentos de ICMS/ST deveriam ser solicitados por competência, pois, não se trata de créditos de ICMS, mas sim devoluções de pagamentos indevidos de ICMS/ST que possuem prazo de 5 anos para sua restituição por meio de ressarcimento, do que destaca que as Notas Fiscais de Ressarcimento (ICMS/ST e FECOP/ST) foram previamente validadas, autorizadas e chanceladas pela própria SEFAZ/BA, comprovando cabalmente a inexistência de quaisquer infrações relacionadas ao estorno em questão (doc. 5 da impugnação).

Aduz, ainda, que essas Notas Fiscais, quando apresentadas para chancela da SEFAZ, são acompanhadas de planilhas descritivas que demonstram composição dos valores nelas

destacados, o que afasta qualquer alegação no sentido de que o procedimento adotado traria “complexidade” para a Fiscalização.

Afirma que o próprio Inspetor, responsável por essa análise, validou todos os procedimentos realizados pelo recorrente, chancelando em agosto de 2020, o direito ao ressarcimento do ICMS/ST e FECEP/ST no montante de R\$ 34.537.258,30 por meio da Nota Fiscal nº 24099 (doc. 5 da impugnação).

Portanto, a Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da verdade material, o qual deve prevalecer sobre a verdade formal.

Assim, segundo o recorrente, há como aferir a origem dos valores apurados e é justamente o que requer, desde a peça impugnatória, com a perícia fiscal. Demonstrar que em meses anteriores a agosto de 2020, houve um ressarcimento a menor, cujo fato, também, pode ser verificado quando confrontada a apuração refletida na EFD com as premissas adotadas na autuação, pois constata-se que os créditos fiscais “não resarcidos” no período de maio, junho e julho refere-se justamente a diferença cobrada na presente autuação que trata do período de agosto.

Salienta que, no caso em apreço, é indubitável que a alteração da dinâmica de apuração dos créditos do recorrente não resultou em qualquer dano ao erário baiano, uma vez que é nítida a existência de crédito passível de ressarcimento.

Sustenta que a JJF se apega ao fato de que não se teria conhecimento do “acordo verbal” feito entre o recorrente e a autoridade fiscal para que a empresa adotasse a “dinâmica diferenciada”, e, em razão disso, se nega a reconhecer o óbvio - existiu um ressarcimento a menor, sendo irrelevante o tal acordo.

Por fim, o recorrente requer:

- a)** preliminarmente, reconhecer a nulidade do julgamento *a quo* por cerceamento de defesa, dada a negativa de realização de perícia, ou, subsidiariamente, que se determine diligência para que seja apurada em perícia a origem do ressarcimento feito em agosto de 2020, à luz do ressarcimento feito nos meses de maio, junho e julho;
- b)** no mérito, julgue integralmente improcedente o Auto de Infração lavrado, em vista da demonstração de que não efetuou ressarcimento indevido do crédito fiscal, tendo agido dentro dos limites legais e do regime fiscal do qual goza;
- c)** intimação a respeito da inclusão do presente processo na pauta de julgamentos do CONSEF, bem como o deferimento da realização de sustentação oral das razões de recurso ora esposadas.

Na sessão de julgamento ocorrida em 11/07/2022, os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal accordaram em converter o PAF em diligência para os autuantes ou preposto designado:

- 1.** *A partir dos respectivos processos de Ressarcimento do ICMS ST (incluso o FECEP ST) dos citados meses de maio a julho de 2020, verificar se, efetivamente, confirma a alegação recursal de que a apuração pelo demandante ocorreu com as alegadas datas de corte de: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020 e 26/06/2020 a 20/07/2020;*
- 2.** *Caso afirmativo e comprovado que o período de 21 a 31 de julho de 2020 não compreendeu do processo anterior, PEDE-SE, para efeito de apuração do Ressarcimento do ICMS ST no mês de agosto/2020, objeto deste Auto de Infração, considerar os documentos fiscais referentes ao período de 21/07/2020 a 31/08/2020, de forma a cotejar com o efetivo valor ressarcido pelo recorrente de R\$ 34.537.258,30, ínsito no Processo nº 76175/2020-4, consignado na NF-e nº 24099 (fl. 69). Finalmente, caso necessário, apresente novos demonstrativos do valor remanescente.*

Posteriormente, deverá a repartição fiscal dar ciência ao sujeito passivo do resultado da diligência, fornecendo-lhe todos os demonstrativos, porventura, apensados na diligência, indicando o prazo de dez dias para, querendo, se pronunciar. Em seguida, retorne-se os autos ao CONSEF.

Às fls. 138/139 dos autos, o autuante Geraldo Barros Rios, inicialmente, roga que esta 2ª CJF aprecie que:

- 1º) Para fins de contabilização do entendimento nessa instância administrativa fiscal, faz constar**

um recorte do voto acolhido por unanimidade na 1ª CJF em autuação contra a mesma empresa e sobre tema similar, do que transcreve excerto do Acórdão CJF nº 0348-11/22-VD, conforme a seguir:

A recorrente também alegou que havia acordado com a Autoridade Fiscal, responsável pelo acompanhamento da situação fiscal da Recorrente perante a SEFAZ/BA, para considerar que os períodos de apuração dos meses de maio, junho, julho e agosto de 2020 seriam em datas especiais, como sendo: (i) 01/05/2020 a 25/05/2020; (ii) 26/05/2020 a 25/06/2020; (iii) 26/06/2020 a 20/07/2020; (iv) 21/07/2020 a 31/08/2020, respectivamente, o que não pode prosperar, pois o cálculo do imposto deve partir de apurações realizadas em cada período de apuração, conforme estabelece a legislação supra citada.

Em seguida, o diligente passa a reproduzir toda a acusação fiscal e legislação pertinente e concluiu que: ***“A infração aqui imputada refere-se ao Ressarcimento do ICMS ST (inclui o FECEP ST) a maior, no mês de referência agosto/2020, constante do Processo nº 76175/2020-4. O julgado citado acima refere-se à transferência do ICMS NO e do FECEP NO”.***

2º) O litigante alega que os valores a maior decorrem de notas fiscais dos meses de maio, junho e julho de 2020, cujo ressarcimento foi exclusivamente para o mês de agosto de 2020 (Nota Fiscal nº 24.099), sendo tais pedidos e autorizações realizados por mês, como exige a cláusula terceira do Regime Especial concedido mediante Parecer nº 1559/2020, exarado pela DITRI, ao expressar “*A requerente deverá apresentar na repartição fazendária de sua circunscrição fiscal, ao final de cada mês, uma planilha em meio magnético*”. Assim, o autuante defende que para casos do tipo sob litígio neste PAF o procedimento previsto é a solicitação extemporânea, com rito exigido no art. 315 do RICMS, como entendido pela 1ª CJF do CONSEF.

Por fim, em cumprimento à diligência solicitada, diz que procedeu ao cálculo da imputação com os recortes de data citadas, a saber: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020 e 21/07/2020 a 31/08/2020, cujo resultado encontra-se nos anexos da diligência (mídia à fl. 140).

MÊS	VI.Proc.(G+H)	VI.Auditado					Diferença M=G+H-L
		ICMS ST (I)	Devol. (I')	Fecep ST (J)	Devol. (J')	L=I-I'+J-J'	
7	16.937.778,22	15.832.275,26	216.192,64	1.266.582,02	21.379,01	16.861.285,64	76.492,58
8	34.537.258,30	32.173.680,95	234.890,18	2.573.894,48	14.706,13	34.497.979,11	39.279,19
Totais							115.771,77

Às fls. 146 a 155 dos autos, o recorrente se manifesta acerca do resultado da diligência, na qual, após uma síntese processual, destacou que a nova consolidação dos créditos transferíveis chegou à suposta diferença de apenas R\$ 115.771,77, conforme respectivo anexo do Relatório de Diligência Fiscal, em razão dos devidos recortes das datas citadas, implicando para o período de agosto de 2020 o crédito a ser ressarcido de R\$ 34.497.979,11 e não apenas R\$ 27.037.888,15, tal como contido na acusação fiscal.

Com isso, o relatório de diligência concluiu que a diferença para o período de agosto de 2020 seria tão somente de R\$ 39.279,19 e, como consequência ao recorte das datas, identificou uma nova diferença de R\$ 76.492,58 para o mês de julho de 2020, pois o crédito apurado é de R\$ 16.861.285,64 e o ressarcido pelo recorrente foi de R\$ 16.937.778,22.

Deste modo, considerando as ditas diferenças, diz que foi intimada para se manifestar acerca da nova consolidação de débitos no valor total de R\$ 115.771,77, referentes aos períodos de julho e agosto de 2020, do que destaca que o relatório da diligência corrobora todos os fundamentos de defesa, confirmando que o contribuinte não se aproveitou indevidamente dos créditos em valor superior.

Aduz que, apesar da existência do saldo de R\$ 115.771,77, a diferença se dá tão somente pela metodologia adotada para apurar o ressarcimento de ICMS/ST e FECEP/ST, apesar da correta volumetria aplicada pelo diligente, eis que não foram consideradas as devoluções das entradas no estabelecimento do recorrente, já que o contribuinte abate de seu cálculo as mercadorias que foram devolvidas, ou seja, que não entraram de forma definitiva em seu estabelecimento. Assim, só após isso, verifica a quantidade de mercadorias que foram comercializadas para outro Estado e localiza a proporção entre as entradas e saídas comercializadas para outro estado, cuja proporção

utiliza para calcular os valores que devem ser objeto de ressarcimento a título de ICMS/ST e FECEP/ST.

Sustenta que, acaso o diligente tivesse considerado em seu cálculo para apurar a totalidade das entradas as devoluções efetuadas pelo contribuinte para a HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA., tal como procedeu o apelante, certamente a diferença entre a apuração da fiscalização e do recorrente seria muito menor, em que pese a diligência realizada confirmar todos os fundamentos expostos.

Por fim, rechaça a necessidade de apreciação do Acórdão CJF nº 0348-11/22-VD por não corresponder à hipótese similar da presente autuação, pois aquela exação trata de suposta falta de estorno e transferência de créditos fiscais ao remetente originário, não tratando de suposto ressarcimento de créditos fiscais de ICMS/ST e FECEP/ST em valores superiores ao efetivamente devido, tal como o presente caso, do que enfatiza que obteve provimento jurisdicional parcial no Auto de Infração nº 269193.0003/21-0, ao comprovar os devidos ajustes a débito na EFD antes do início da ação fiscal.

Assim, sustenta que deve ser cancelado integralmente o Auto de Infração ou ajustada para a diferença apontada na diligência, eis que demonstrado que se deve em face da divergência entre a metodologia de cálculo realizada pelo fisco e o contribuinte.

Na oportunidade, se fez presente na sessão de videoconferência, Dr. Fernando Westin Marcondes Pereira – OAB/SP nº 406.773 e o autuante, Sr. Geraldo Barros Rios, que exerceram o direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 7.475.760,77, sob a acusação de que o recorrente transferiu crédito fiscal de ICMS maior que o incidente na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais, de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, referente ao ressarcimento do ICMS-ST e FECEP-ST a maior, no mês de agosto de 2020, constante do Processo nº 76175/2020-4, tendo em vista que a empresa fora intimada a regularizar o ilícito, mas não o fez, consoante documentos às fls. 5 e 6 dos autos e arquivos constantes em CD (fl. 9).

Consta, ainda, que o autuado efetuou vendas interestaduais de produtos com ICMS antecipado na operação de compra e, nesses casos, cabem:

1. Ressarcimento do ICMS antecipado ao fornecedor original, na forma do art. 301 do RICMS/2012;
2. Utilização do crédito do ICMS destacado nessas operações de compra, prevista no mesmo dispositivo regulamentar, com os limites estabelecidos no art. 312, V do RICMS/2012;
3. o que exceder tais limites deve ser estornado e pode ser transferido para o fornecedor original (indústria possuidora de benefício fiscal), mediante consecução de Regime Especial para tal, constante do Parecer nº 1559/2020, que prorrogou o Parecer nº 29166/2018, ambos exarados pela DITRI; (...)

Para efeito de melhor compreensão da exação, reproduzirei os dispositivos legais relativos aos fatos:

Art. 301. Nas operações interestaduais para estado signatário de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, se as mercadorias já tiverem sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, a fim de que não se configure duplicidade de pagamento do tributo:

I – o remetente utilizará como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mesmas mercadorias, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, total ou proporcionalmente, conforme o caso;

II - para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor que tenha retido originariamente o imposto,

contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:

[...]

e) o valor do ressarcimento, que corresponderá ao valor do imposto retido, constante na nota fiscal de aquisição correspondente à última entrada das mercadorias total ou proporcionalmente, conforme o caso;

[...]

IV - o estabelecimento fornecedor que, na condição de responsável por substituição, houver efetuado a retenção do imposto, poderá deduzir o valor do imposto retido do próximo recolhimento a ser feito a este Estado, observado o disposto no § 4º deste artigo;

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

[...]

V - forem adquiridos de contribuinte industrial que tiver obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, no valor que exceder ao imposto devido na saída subsequente da mesma mercadoria, exceto se autorizado mediante regime especial para transferência do valor do crédito fiscal excedido ao remetente para uso exclusivo na compensação do saldo devedor passível de incentivo.

Portanto, no caso concreto, nos termos das “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” insitas na Nota Fiscal-e nº 24099 (fl. 69), o recorrente, Cervejaria Kaiser Brasil S.A., está procedendo ao “Ressarcimento de ICMS-ST conforme Art. 301 do RICMS/BA e de acordo com as notas fiscais emitidas no mês de 08/2020 relacionadas no arquivo eletrônico entregue na SEFAZ-BA”, retido pelo seu fornecedor HNK BR Ind. Bebidas Ltda.

Como exposto às fls. 6 dos autos e analiticamente, por nota fiscal nos arquivos em mídia, o fisco apurou que a transferência foi maior em R\$ 7.475.760,77 que o incidente na operação de aquisição mais recente, quanto ao ressarcimento do ICMS-ST e FECEP-ST, em agosto de 2020, eis que, em vez de **R\$ 34.537.258,30** [sendo: R\$ 31.978.942,40 (ICMS-ST) e R\$ 2.558.315,90 (FECEP-ST)], consignado na NF-e nº 24099 (fl. 69) pelo contribuinte, seria **R\$ 27.061.497,53** [sendo: R\$ 25.241.010,54 (ICMS-ST) – R\$ 184.068,38 (devolução ICMS-ST) + 2.019.280,84 (FECEP-ST) – R\$ 14.725,47 (devolução FECEP-ST)].

Feitas tais considerações, passamos às razões recursais, visto o recorrente alegar:

1. Preliminarmente, nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, ao negar perícia no sentido de que não ocorreu ressarcimento em valor indevido no período de agosto de 2020, mas tão somente o ressarcimento do valor dos créditos fiscais ocasionados por conta do reflexo da apuração dos períodos de maio, junho e julho de 2020, decorrente de alteração das datas de corte de apuração para o ressarcimento nos dias: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020 e 21/07/2020 a 31/08/2020, do que requer diligência à CJF para a devida comprovação.
2. no mérito, que não se sustenta a argumentação da JJF de que tais ressarcimentos de ICMS/ST deveriam ser solicitados por competência, pois, não se trata de créditos de ICMS, mas sim devoluções de pagamentos indevidos de ICMS/ST que possuem prazo de 5 anos para sua restituição por meio de ressarcimento, do que destaca que as Notas Fiscais de Ressarcimento (ICMS/ST e FECOP/ST) foram previamente validadas, autorizadas e chanceladas pela própria SEFAZ/BA, comprovando cabalmente a inexistência de quaisquer infrações relacionadas ao estorno em questão (doc. 5 da impugnação).

Inicialmente, há de ressaltar que a decisão de deferir ou não o pedido para realização de diligência/perícia cabe ao relator do processo, com posterior anuência do órgão julgador, e decorre de sua análise sobre a necessidade deste procedimento para a formação da sua convicção e dos demais julgadores, diante dos elementos contidos nos autos, cabendo-lhe consignar os motivos do indeferimento no acórdão, cuja decisão denegatória não implica, necessariamente, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, desde que justificados, conforme ocorreu no caso concreto ao consignar:

“Indefiro o pedido, com fundamento nas alíneas “a” e “b”, do inciso II, do art. 147, do RPAF-BA/99, haja vista que o deslinde da questão independe de conhecimento técnico, bem como os elementos já constantes dos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores”.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, contudo, por decisão deste Colegiado, na sessão de julgamento ocorrida em 11/07/2022, a diligência requerida pelo recorrente foi aprovada, de cujo resultado trataremos adiante, no sentido de:

1. *A partir dos respectivos processos de Ressarcimento do ICMS ST (incluso o FECEP ST) dos citados meses de maio a julho de 2020, verificar se, efetivamente, confirma a alegação recursal de que a apuração pelo demandante ocorreu com as alegadas datas de corte de: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020 e 26/06/2020 a 20/07/2020;*
2. *Caso afirmativo e comprovado que o período de 21 a 31 de julho de 2020 não compreendeu do processo anterior, PEDE-SE, para efeito de apuração do Ressarcimento do ICMS ST no mês de agosto/2020, objeto deste Auto de Infração, considerar os documentos fiscais referentes ao período de 21/07/2020 a 31/08/2020, de forma a cotejar com o efetivo valor resarcido pelo recorrente de R\$ 34.537.258,30, ínsito no Processo nº 76175/2020-4, consignado na NF-e nº 24099 (fl. 69). Finalmente, caso necessário, apresente novos demonstrativos do valor remanescente.*

No mérito, quanto à alegação recursal de que a Nota Fiscal de Ressarcimento foi previamente validada, autorizada e chancelada pela SEFAZ, há de ressaltar que, efetivamente, o § 4º, do art. 301 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA) prevê que o ressarcimento deverá ser autorizado pelo órgão fazendário em cuja circunscrição se localize o contribuinte, discriminando as operações interestaduais envolvidas, salvo as operações com combustíveis e lubrificantes, que serão autorizadas pela COPEC.

Porém, não se trata de direito adquirido a suposta chancela pela autoridade fiscal, eis que o próprio carimbo do Inspetor/IFEP Norte, ínsito no DANFE relativo à Nota Fiscal-e nº 24099, emitida em 14.09.2020, para “*Transf. saldo credor ICMS out. estab. emp. comp. sld. de*”, às fls. 69 dos autos, consigna “*VISTO SEM EFEITOS HOMOLOGATÓRIOS*”. Em consequência, sujeita à homologação *a posteriori*, tendo a empresa, em 02/09/2021, sido intimada a regularizar o valor no prazo de 10 dias (fl. 5), mas não o fez, como afirmado na acusação fiscal.

Inerente à alegação recursal de que a diferença a maior apurada em agosto de 2020 é reflexo da apuração dos períodos de maio, junho e julho de 2020, decorrente de alteração das datas de corte de apuração para o ressarcimento, *pois são exatamente os valores que deixaram de ser resarcidos* nos referidos meses, em razão de tal argumento este Colegiado converteu o PAF em diligência, nos termos acima consignados, tendo o diligente, em que pese destacado que “*... o ressarcimento em questão foi exclusivamente para o mês de agosto de 2020; os pedidos e as respectivas autorizações são realizados sempre assim, mês a mês, como exige a cláusula terceira do Regime Especial concedido mediante Parecer nro. 1559/2020 exarado pela DITRI...*”, concluído que “*... procedeu-se ao cálculo da imputação com os recortes de data citados, a saber: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020; 21/07/2020 a 31/08/2020. O resultado encontra-se nos anexos que acompanham este Relatório de Diligência Fiscal*”, apurando as diferenças a exigir no: mês de julho de 2020 de R\$ 76.492,58 e no mês de agosto de 2020 de R\$ 39.279,19, o que perfaz o total de R\$ 115.771,77.

Assim, para solução da lide se faz necessária a aplicação da justiça fiscal e a busca da verdade material, apesar de verificar que:

1. O ponto de partida para cálculo do ressarcimento ser a nota fiscal de saída e, em consequência, a competência mensal de sua emissão, como previsto no inciso II, alínea “c”, do art. 301 do RICMS, que estabelece “*a identificação da nota fiscal de saída para estado signatário, que tiver motivado o ressarcimento*”, como procederam os autuantes;
2. O Parecer Final da autoridade competente, quanto a Nota Fiscal-e nº 24099, ter acompanhado o parecer da Fiscalização e sugerido o deferimento parcial do ressarcimento do ICMS-ST e FECEP-ST no valor de R\$ 27.061.497,53, ao concluir: “*Portanto, após a anuência do sr. Inspetor a requerente deverá ser cientificada da necessidade de proceder ao estorno do valor lançado a mais....*” (fl. 75);
3. O contribuinte foi intimado para regularizar a situação, como já dito anteriormente;
4. O autuante entender que, no caso concreto, o procedimento previsto é a solicitação extemporânea, com rito exigido no art. 315 do RICMS, como entendido pela 1ª CJF do CONSEF.

Logo, uma vez comprovado que nos meses de maio a julho os ressarcimentos ocorreram com períodos diversos às respectivas competências mensais (01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020 e 26/06/2020 a 20/07/2020), como alegado pelo recorrente e admitido pelas autoridades autuantes, independentemente de existir a orientação de preposto do fisco para tal, uma vez retomada a normalidade da competência mensal, há de se ajustar também o período compreendido de 21/07/2020 a 31/08/2020, de modo a propiciar, doravante, o período mensal do calendário civil, por uma questão de justiça fiscal e verdade material, inerente às notas fiscais de saídas que deram motivo ao ressarcimento, no referido período.

Assim, entendo desnecessária a proposta, defendida pelos autuantes, para que o contribuinte solicite a escrituração do crédito extemporâneo, nos termos previstos no art. 315 do RICMS, não só porque, tanto a previsão do art. 301, inciso II do Decreto nº 13.780/12, é a regra específica para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, mas, especialmente, porque em ambos dispositivos regulatórios o que se busca é a quantificação do real valor de direito creditório do contribuinte, avaliada pelo fisco, através dos documentos e lançamentos na escrita fiscal, cuja efetivação só ocorrerá com a devida autorização do órgão fazendário, o que, ao final, daria no mesmo resultado apurado com a última diligência e, no caso concreto, tornaria inócuo tal procedimento, previstos no art. 315 do RICMS, além de prejudicar o sujeito passivo com a imposição de acréscimos tributários.

Diante destas considerações, em respeito à justiça fiscal e aos princípios da verdade material e celeridade processual, excepcionalmente no caso em análise, acolho a última manifestação recursal, à fl. 155 dos autos, no sentido de: “... ou quanto ao menos, ajustada para a diferença apontada pela Fiscalização ...”, para aplicar o resultado apurada na diligência, **de modo a ajustar**, doravante, tal apuração ao período mensal, remanescendo, nos termos da Súmula nº 11 do CONSEF, para no mês de julho de 2020 a exigência de R\$ 76.492,58 e no mês de agosto de 2020 de R\$ 39.279,19, no total de R\$ 115.771,77.

SÚMULA DO CONSEF Nº 11

Para fins do disposto no art. 156 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269193.0010/21-6, lavrado contra **CERVEJARIA KAISER BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 115.771,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS