

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0001/07-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
RECORRIDOS - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0220-05/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/08/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0214-12/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Refeitos os cálculos quando da realização de diligência, reduzindo o valor débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/00. Mantida a Decisão recorrida. O Recurso Voluntário ficou prejudicado, uma vez que o recorrente efetuou o pagamento do débito e, expressamente, desistiu do recurso interposto. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos quando da realização de diligência, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 298.043,26, em razão de seis infrações, sendo que apenas as seguintes são objetos dos Recursos:

- Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, com imposto devido no valor de R\$71.264,63.
- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 109.707,13, em razão de cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

4. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 75.677,27, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que a matéria tratada na Infração 3 estava sob consulta.

No mérito, referindo-se à Infração 2, o autuado afirmou que o imposto apurado estava equivocado, pois o valor do crédito fiscal considerado pelo autuante foi superior ao que tinha sido apropriado, bem como não foram consideradas as devoluções de mercadorias. Quanto à Infração 03, alegou que o art. 1º do Decreto nº 7.799/00 previa redução na base de cálculo nas operações de saídas de mercadorias de estabelecimentos enquadrados sob os códigos de atividades econômicas constantes no anexo único do citado decreto. No que tange à Infração 04, disse que na apuração do imposto não foram considerados diversos pagamentos efetuados, conforme fotocópia de DAEs que apresentou.

Na informação fiscal, o autuante explicou que a consulta formulada era ineficaz e, além disso, já tinha sido respondida mediante o Parecer nº 169/2004. No mérito, a ação fiscal foi mantida em relação às Infrações 2 e 3 e, no que tange à Infração 04, o auditor acatou as comprovações de pagamentos realizados pelo contribuinte, exceto quanto ao DAE referente ao mês de abril de 2004, por entender que se tratava de pagamento de antecipação parcial.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado reiterou a preliminar de nulidade suscitada e os argumentos trazidos na defesa. Em relação à Infração 4, referindo-se ao pagamento não acolhido pelo autuante, explicou que, por equívoco constou no DAE que se tratava de antecipação parcial, porém o documento de arrecadação já tinha sido retificado.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ de Origem, para que o autuante se pronunciasse sobre os novos argumentos e provas trazidos pelo autuado.

Em atendimento à diligência determinada pela 5ª JJF, o autuante, em relação à Infração 2, acatou os argumentos defensivos e refez a apuração do imposto relativamente ao exercício de 2005, mantendo inalterados os débitos referentes a 2004. Quanto à Infração 3, frisou que não existia consulta pendente e no mérito manteve inalterado esse item do lançamento. No tocante à Infração 4, em relação ao recolhimento no valor de R\$ 24.413,33, o autuante reconheceu que assistia razão do autuado, uma vez que o citado recolhimento era referente a antecipação tributária, o que reduziu o valor devido para R\$ 7.899,68.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado reiterou os argumentos já expendidos anteriormente.

Instado a se pronunciar nos autos, o autuante manteve a autuação nos termos da diligência realizada.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0220-05/09, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$178.076,47.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade, sob o argumento de que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa e, além disso, a consulta citada pelo autuado não mais surtia efeito, já que a consulente tinha tomado ciência da resposta em 01/06/05, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/07.

No mérito, a Infração 2 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 55.605,32, conforme foi apurado pelo autuante quando do cumprimento da diligência fiscal.

A Infração 3 foi julgada procedente em parte, tendo o ilustre relator, em síntese, assim fundamentado o seu voto:

[...]

Logo, entendo que todas as operações objeto da autuação constantes na infração 03, ocorridas a partir de 01/02/2004 são procedentes, por estarem amparadas no Dec. nº 8.969/2004, que alterou o Decreto nº 7.799/2000, conforme Parecer DITRI Nº 169/2004.

Entretanto, apesar do auditor autuante ter assevera que somente foi objeto de autuação os fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004, observei que foi incluído na infração o R\$ 36.529,89 com data de ocorrência de 31/01/2004, o qual deve ser excluído da infração 03.

Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$73.177,24, conforme abaixo:
[...]

A Infração 4 foi julgada procedente em parte, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Logo, acolho integralmente o resultado da diligência, uma que o sujeito passivo comprovou que já havia recolhido os valores reclamados relativos aos meses de abril/2004, junho/2004, novembro/2004, fevereiro/2005 e maio de 2005, fato que foi constatado pelo autuante, na informação fiscal inicial e na diligência determinado por essa junta.

Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 7.899,68, relativa ao mês de novembro de 2005, devendo ser excluídas as demais parcelas da infração 04.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão recorrida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual visa modificar a Decisão recorrida relativamente à Infração 3.

Afirma que a Decisão da Primeira Instância contraria a legislação referente à redução da base de cálculo do ICMS. Diz que o disposto no Decreto nº 8.969/04 prevê que ao contribuinte com os códigos de atividades constantes nos itens 1 a 17 do anexo único do Decreto nº 7.799/00, habilitado ao gozo benefício da redução da base de cálculo do ICMS, aplicar-se-ão as regras vigentes na ocasião da assinatura do termo de acordo. Diz que, desse modo, deve ser decretada a nulidade da Infração 3.

Argui a nulidade da Infração 3, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante não citou o motivo pelo qual determinados produtos listados na autuação não poderiam ser objeto do benefício instituído pelo Decreto nº 7.799/00. Aduz que a explicação acerca do teor da acusação deveria estar clara desde o início do processo e, portanto, não há como se corrigir o equívoco na atual fase do processo. Aduz que, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, apenas as eventuais incorreções ou omissões de exigências meramente formais podem ser corrigidas.

Após descrever a Infração 3 e o entendimento do autuante acerca da acusação, o recorrente destaca que com o advento do Decreto nº 8.969/04, passou a valer a regra que vigorava quando da assinatura do termo de acordo firmado entre o recorrente e a SEFAZ-BA. Frisa que o CONSEF já pacificou o entendimento de que, por força do art. 7º do Decreto nº 8.969/04, a exigência tributária em questão é indevida, conforme os Acórdãos CJF Nºs 0461-12/05 e 0304-11/06.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que seja decretada a nulidade ou a improcedência da Infração 3. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive pela realização de diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 1172 e 1173, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que conforme a cópia do Termo de Acordo acostada às fls. 1165 a 1167, a assinatura se deu em 2000 e, dessa forma, como o Decreto nº 8.969/04 reincluiu os códigos referentes a produtos de higiene e limpeza no anexo único do Dec. 7.799/00, efeitos a partir de 01/02/04, fica patente o direito de o recorrente reduzir a base de cálculo referente a tais mercadorias. Frisa que esse é o entendimento externado pela própria SEFAZ por meio do Parecer DITRI Nº 169/04. Ao finalizar, a procuradora opina pelo provimento do Recurso Voluntário, para julgar a Ir Parecer foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amôdo Cavalcant

Às fls. 1179 a 1183, foram acostados ao processo extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referente a um parcelamento do débito referente à Infração 03, bem como a um pagamento dessa infração no valor de R\$ 72.327,83.

Após a instrução do processo, foi anexado aos autos o documento de fls. 1186 a 1188, no qual o recorrente formaliza *seu pedido de QUITAÇÃO À VISTA de parte do Auto de Infração acima indicado, relacionado INFRAÇÃO-03, NÚMERO 03.02.02, conforme DAE pago em anexo*. Prosseguindo, o recorrente declara que reconhece a procedência da autuação relativamente à parcela do débito paga, ao mesmo tempo em que desiste de quaisquer defesas ou recursos administrativos interpostos no curso do presente PAF.

Foram acostados ao processo o pedido de parcelamento do débito referente à Infração 3, no valor de R\$ 72.327,81, bem como extratos do SIGAT referentes aos pagamentos efetuados pelo recorrente (fls. 1200 a 1223)

Consta às fls. 1225 a 1242 dos autos uma petição do recorrente, na qual ele solicita o cancelamento do pedido de parcelamento, uma vez que o valor do parcelamento foi pago à vista.

VOTO

É objeto do Recurso de Ofício a Decisão de primeira instância que julgou as Infrações 2, 3 e 4 parcialmente procedentes.

Na Infração 2, o recorrido fora acusado de ter deixado de estornar crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 71.264,63, relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo. Em sua defesa, o recorrido alegou que a apuração realizada pelo autuante estava equivocada, pois os créditos fiscais foram considerados em valor superior ao que foi efetivamente apropriado, bem como não foram computadas as devoluções de mercadorias. Para comprovar suas alegações, o recorrido acostou ao processo fotocópias de livros fiscais e demonstrativos das devoluções ocorridas. A 5ª JF decidiu pela procedência parcial da Infração 2 no valor de R\$ 55.605,32, conforme o resultado da diligência atendida pelo autuante.

Não há reparo a fazer na Decisão recorrida. Os valores excluídos da autuação foram expressamente reconhecidos como indevidos pelo próprio autuante e, além disso, estão em conformidade com os documentos probantes acostados ao processo.

Trata a Infração 3 da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 109.707,13, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas realizadas por estabelecimentos atacadistas – Decreto nº 7.799/00. A primeira instância decidiu pela procedência parcial desse item do lançamento no valor de R\$ 73.177,24. A razão da sucumbência da Fazenda Pública Estadual foi a exclusão do débito referente ao mês de janeiro de 2004, no valor de R\$ 36.529,89.

Foi correta a Decisão de Primeira Instância, pois, conforme o Parecer DITRI Nº 169/2004, acostado às fls. 1070 a 1072, para os contribuintes que firmaram acordo até 26/12/02 (caso do recorrido) ficaram convalidadas as operações de venda de produtos de higiene, limpeza conservação domiciliar, efetuadas com redução de base de cálculo até o mês de janeiro de 2004. Em consonância com esse entendimento, observo que o autuante à fl. 1067 afirmou que as restrições quanto à aplicação do benefício de redução de base de cálculo foram efetuadas com observância da data de 01/02/04, a partir da qual entraram em vigor as restrições contra as quais se debate a empresa impugnante.

Na Infração 4, o recorrido foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por antecipação tributária. Na defesa e nos pronunciamentos posteriores, foram trazidos aos autos comprovantes de pagamentos que não tinham sido considerados na auditoria fiscal. O próprio autuante, na informação fiscal e na diligência realizada, acolheu esses comprovantes e a exclusão dos valores correspondentes do lançamento.

Não há reparo a fazer na Decisão recorrida. Os valores excluídos estão comprovados nos autos e foram reconhecidos pelo próprio autuante.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

O Recurso Voluntário cinge-se à Infração 3, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 109.707,13, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – estabelecimento atacadista, Decreto nº 7.799/00.

Em Primeira Instância, esse item do lançamento foi julgado procedente em parte no valor de R\$ 73.177,24. Conforme os documentos de fls. 1179 a 1242, em 28/05/10, o recorrente efetuou o pagamento do débito referente à Infração 3, no valor total de R\$ 72.327,71, e, expressamente, desistiu do Recurso Voluntário interposto.

O recorrente ao reconhecer o débito que remanesce na Infração 3 e efetuar o respectivo pagamento, desistiu do Recurso Voluntário interposto, tornando-o ineficaz, conforme previsto pelo artigo 122, inciso IV, do RPAF/BA. Em consequência, fica PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, devendo os autos ser remetidos à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e declarar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206888.0001/07-0, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, com imposto no valor de **R\$169.331,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II alíneas “a”, “d” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além dos acréscimos moratórios no valor de **R\$8.744,53**, previsto no art. 42, VIII, da citada lei, devendo ser homologados os valores já recolhidos, inclusive aqueles com os benefícios da Lei nº 11.908/10, e cientificado o recorrente desta Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS