

PROCESSO - A. I. N° 295902.1203/08-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PRORIBEIRO ADMINISTRAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - PRORIBEIRO ADMINISTRAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE COMÉRCIO LTDA. E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0067-01/10
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0268-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À ALÍQUOTA DE 17%. **b)** SUJEITAS À ALÍQUOTA DE 27%. Infrações parcialmente elididas. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. ESTABELECIMENTO ATACADISTA. **a)** VENDAS DE MERCADORIAS DE TRIBUTAÇÃO PELA ALÍQUOTA DE 12%, NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. **b)** VENDAS DE MERCADORIAS DE TRIBUTAÇÃO PELA ALÍQUOTA DE 17%, NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. **c)** VENDAS DE MERCADORIAS DE TRIBUTAÇÃO PELA ALÍQUOTA DE 27%, NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. Contribuinte com Termo de Acordo datado de 03 de maio de 2005, contemplando o procedimento autuado beneficiado com a redução da base de cálculo, como determina o Decreto nº 7799/00. Infrações insubsistentes. 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Apurada nova base de cálculo com correção da MVA aplicada. No caso, previsão do inciso II do art. 375 do RICMS-BA. Redução do valor da infração em face de abatimento do imposto relativo às operações próprias. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO OU PAGAMENTO A MENOS. MULTA. Infração parcialmente subsistente em face da vigência da penalidade apenas a partir de 28/11/2007. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0067-01/10), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$12.905,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, vez que a alíquota deveria ter sido 17%, relativo ao período janeiro a dezembro de 2007;
2. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$14.546,20, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, vez que a alíquota deveria ter sido 27%, relativo ao período janeiro a dezembro de 2007;
3. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$434,17, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo ao período agosto a outubro de 2007. O contribuinte aplicou redução de atacadista indevidamente, em operações com mercadorias não contempladas com o benefício previsto no artigo 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, conforme deferimento do Processo nº 12831320050. A redução foi aplicada indiscriminadamente em todas as operações com saída de mercadorias, reduzindo significativamente o débito do ICMS. Em anexo, demonstrativo das operações com carga tributária de 12%, em face da redução da base de cálculo regulamentar, constando os dados dos documentos fiscais;
4. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$313.604,40, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo ao período janeiro a dezembro de 2007. O contribuinte aplicou redução de atacadista indevidamente, em operações com mercadorias não contempladas com o benefício previsto no artigo 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, conforme deferimento do Processo nº 12831320050. A redução foi aplicada indiscriminadamente em todas as operações com saída de mercadorias, reduzindo significativamente o débito do ICMS. Em anexo demonstrativo das operações com carga tributária de 17%, em face da redução da base de cálculo regulamentar, constando os dados dos documentos fiscais;
5. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$1.501,78, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo ao período janeiro a dezembro de 2007. O contribuinte aplicou redução de atacadista indevidamente, em operações com mercadorias não contempladas com o benefício previsto no artigo 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, conforme deferimento do Processo nº 12831320050. A redução foi aplicada indiscriminadamente em todas as operações com saída de mercadorias, reduzindo significativamente o débito do ICMS. Em anexo demonstrativo das operações com carga tributária de 27%, em face da redução da base de cálculo regulamentar, constando os dados dos documentos fiscais;
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$114.291,62, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo ao período janeiro a dezembro de 2007 e referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89. No demonstrativo relativo à Substituição Tributária na saída de mercadorias submetidas ao regime de antecipação constam os dados dos documentos fiscais e das mercadorias cujo ICMS, conforme artigos 353, 355-I, 356, §2º, 372-I e 375-II do RICMS, deve ser recolhido na operação de saída, tendo em vista tratar-se de atacadista que recebeu as mercadorias a título de transferência;
7. Multa percentual de R\$141.274,58, sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, relativa ao período janeiro a dezembro de 2007, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou as preliminares suscitadas em sede de defesa e, no mérito, dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Infração 01:

Disse que na apuração do cálculo a autuante incluiu mercadorias sujeitas à substituição tributária, exemplificando a mercadoria Lustra Móveis, quando o imposto é recolhido na entrada;

Foram tributados produtos transferidos da matriz-ES para a impugnante (filial-BA), tais como Nívea Visage Gel, Sabonete Palmolive, Shampoo Dimension.

Analizando este fato, vejo que a autuante acertadamente ponderou o argumento defensivo e ajustou a infração processando a exclusão das operações de transferência para a matriz situada no Estado do Espírito Santo, mas também acertadamente manteve as mercadorias que não são do regime de substituição tributária e que, por equívoco, tiveram tal tratamento quando da emissão do documento fiscal de saída (demonstrativos desta infração anexos às fls. 13 a 57 e documentos comprobatórios fls. 391 a 706), ajuste que provocou a redução da infração de R\$12.905,51 para R\$12.815,33, valor que considero correto uma vez que o autuado tomando conhecimento, em suas posteriores manifestações não mais o objeta. Com relação a esta infração, nas manifestações defensivas posteriores o contribuinte apenas trata de argumentar existência de vício pelo fato de interpretar que no quadro de apuração da infração a autuante apurou o ICMS aplicando a alíquota de saída (17%) sobre a base de cálculo sem deduzir o valor que foi pago a menor, interpretação esta completamente equivocada, pois em tal quadro demonstrativo (fls.1386 a 1429) se vê claramente no cálculo do valor devido a dedução do imposto que foi pago a menos. Portanto, constato caracterizada a infração e parcialmente subsistente.

Infração 02:

Alegou o impugnante que a autuante equivocadamente efetuou o lançamento da importância de R\$8.333,85, quando o valor que apurou no demonstrativo de fl. 62 é R\$833,85, importando em um lançamento a mais no valor de R\$7.042,20, devendo, portanto, em mantendo a infração, ser reduzido o referido valor do AI.

Quanto a essa infração, vejo que também de forma acertada, na Informação Fiscal a autuante, admitindo o equívoco quanto ao valor que inicialmente apontou como devido, ajustou o valor da ocorrência relativa ao mês de dezembro de 2007 que, de fato, é R\$833,85, passando o valor da infração de R\$14.546,20 para R\$7.046,20, valor que considero correto pela mesma fundamentação que inseri quando da análise de mérito da Infração 01, observando o demonstrativo de fls. 1430 a 1434.

Infrações 03, 04 e 05:

Essas infrações decorrem da celeuma quanto ao alcance do Termo de Acordo para gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo expressado no Decreto 7799/00.

No caso em apreço a autuação deriva do entendimento restritivo da autuante que conforme ela expressa resultaram da aplicação indiscriminada da redução de base de cálculo a todas as mercadorias tributadas, não se restringindo à base de cálculo das mercadorias contempladas com este benefício, conforme art. 3º-A do Decreto 7799/00, de acordo com o Deferimento do processo 12831320050 (cópia anexa às fls. 708 a 714).

Por outro lado, o contribuinte alegou que corretamente procedeu em relação às operações objeto dessas infrações com respaldo no Termo de Acordo cuja cópia juntou ao PAF, fato que motivou diligências fiscais para análise de pertinência na Infaz de origem.

Tendo em vista que na fase de instrução processual o resultado das diligências foi a constatação de equívoco por parte da autuante quando levou em consideração o documento de fls. 709 e 710 do PAF, ou seja, o Parecer pelo deferimento do Termo de Acordo solicitado pela empresa, contemplando apenas "usufruir o benefício previsto no art. 3º-A do Decreto 7799/00", mas não a disciplina do Termo de Acordo firmado através de assinatura do documento formal próprio, constante nas folhas 1689 e 1690, onde foi concedido à acordante o benefício do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º e 3º-A do Decreto 7799/00, resta-me, inclusive acolhendo a sugestão do Auditor diligente, declarar a insubsistência das infrações 3, 4 e 5 do lançamento fiscal, razão pela qual as excludo do lançamento em apreço.

Infração 06:

O impugnante na defesa inicial alegou erro das mercadorias submetidas à Substituição Tributária, tais como bombons, pastilhas, batons da marca Garoto, dentre outros, vez que essas mercadorias discriminadas no demonstrativo de fls. 252/362, relativo à Infração 06, também foram tributadas na infração 04 (demonstrativo de fls. 73/248), sendo notória a bitributação.

Já nas manifestações defensivas seguintes, entendeu ilegal a cobrança do ICMS por substituição tributária da Infração 06 que retrata a hipótese de que teria deixado de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias provenientes de outro Estado da Federação.

Disse que na hipótese em questão, ocorrendo vendas internas na Bahia, os clientes do autuado que adquiriram as mercadorias sem a retenção do ICMS/ST, efetuaram o recolhimento do ICMS de suas próprias operações quando de suas vendas ao consumidor final, afirmando que pelo menos esta é a presunção legal e o Fisco é que deveria provar que o imposto não foi recolhido posteriormente, não havendo prejuízo ao Estado, ou seja, alega que o ICMS incidente na etapa seguinte da cadeia circulatória – autuado (distribuidor) para seus clientes (supermercados e mercearias) – que não foi retido antecipadamente pelo autuado, foi recolhido e exigir novo recolhimento implicaria em cobrança em dobro. Entendeu que, na pior das hipóteses apenas caberia multa pelo descumprimento da referida obrigação, devendo o percentual da penalidade incidir unicamente sobre o valor do ICMS/ST que não foi recolhido antecipadamente, excluindo o valor do imposto pago pela operação própria, aplicando ao caso, a alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, que transcreve.

Afirmou que poderia entender legal a pretensão fiscal, se a autuante tivesse comprovado nos autos que os adquirentes das mercadorias sobre as quais não houve a retenção, também não recolheram o ICMS incidente sobre suas vendas.

Trata a infração de falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, cuja previsão legal se acha estampada no art. 371 do RICMS-BA. Vejo que inicialmente, de fato, havia inconsistência na apuração dessa infração uma vez que, conforme demonstrativo de fls. 252 a 389, na apuração do valor devido, a autuante não deduziu o ICMS relativo à operação própria. Entretanto, conforme se vê no demonstrativo de fls. 1435 a 1548, por ocasião da Informação Fiscal, a autuante corrigiu tal inconsistência, reduzindo o valor da infração de R\$114.291,62 para R\$65.714,13.

Ora, o caso em apreço por se tratar de transferência interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, subsume-se na disposição do art. 375, inciso II do RICMS, cujo descumprimento o próprio contribuinte admite nas entrelinhas dos demais argumentos defensivos relativos a essa infração, os quais afasto por entendê-los desatinados no caso. Portanto, caracterizada está a infração com subsistência parcial.

Infração 07:

A infração impugnada trata da aplicação de multa por falta de pagamento no prazo devido do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Neste aspecto, observo que a ação fiscal cuida apenas de verificar a antecipação parcial e tanto a autuante quanto o autuado consentem que em se tratando de aquisições de mercadorias em outras unidades de Federação, destinadas a comercialização, as operações foram devidamente registradas na escrita fiscal e o imposto recolhido normalmente.

O autuado alegou que não existe nos autos qualquer informação ou documento que permita o autuado defender-se quanto à origem e o acerto dos valores apontados e as mercadorias que deram base ao valor apurado, o que cerceia sua defesa. Entretanto, vejo que os valores dessa infração foram extraídos dos livros fiscais do autuado com escrituração de procedência de outras unidades da Federação e estão claramente indicados no demonstrativo de fl. 390. Portanto, sendo os próprios registros fiscais efetuados pelo autuado a fonte dos dados da infração objeto da exigência fiscal, tendo ele recebido cópia do demonstrativo conforme assinatura no documento de fl. 390, estando ele na posse desses registros, não há falar em cerceamento de seu direito de defesa.

Também disse o autuado que a antecipação parcial e, no caso, a multa, não se aplica às operações interestaduais de transferência para outro estabelecimento do mesmo sujeito passivo sob a alegação de que o art. 352-A do RICMS deve ser analisado em harmonia com o art. 375, II do mesmo regulamento, ou seja, a antecipação parcial somente é devida nas operações interestaduais que não sejam de transferência entre os mesmos estabelecimentos, eis que em tais situações, não incide a substituição tributária.

Ora, não tem fundamento esta inovação interpretativa do autuado, pois o art. 352-A do RICMS o obriga efetuar a antecipação parcial em relação a todas as entradas interestaduais de mercadorias tributáveis ou que não estejam com a fase de tributação encerrada (e aqui se incluem operações de transferência), desde que para fins de comercialização.

No caso em análise, vejo que a autuante, acertadamente, acolheu as alegações defensivas no que tange à necessidade de excluir dos cálculos as mercadorias submetidas ao regime de substituição que tiveram

tratamento de tributada normalmente quando da operação de entrada, excluindo dos valores constantes no demonstrativo da Infração 07, os apresentados pelo impugnante, conforme demonstrativo que anexou denominado “Demonstrativo das Mercadorias Excluídas da Infração 07”, passando o valor da infração de R\$141.274,58 para R\$125.439,24 (fl. 1385). Entretanto, tendo em vista o disposto no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a penalidade aplicável a esta infração é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da mesma lei. Considerando que o dispositivo penal iniciou vigência em 28/11/2007, dessa infração apenas restam devidos os valores relativos às ocorrências de 30/11 e 31/12/2007, respectivamente, R\$15.546,25 e R\$15.596,56.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, que passa a ter o demonstrativo de débito abaixo em virtude da subsistência parcial das infrações 1, 2, 6 e 7 e insubsistência das infrações 3, 4 e 5.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data venc	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/01/2007	09/02/2007	4.329,82	17	60	736,07
28/02/2007	09/03/2007	4.336,18	17	60	737,15
31/03/2007	09/04/2007	4.864,47	17	60	826,96
30/04/2007	09/05/2007	4.434,35	17	60	753,84
31/05/2007	09/06/2007	3.253,29	17	60	553,06
30/06/2007	09/07/2007	7.656,18	17	60	1.301,55
31/07/2007	09/08/2007	6.125,53	17	60	1.041,34
31/08/2007	09/09/2007	7.112,82	17	60	1.209,18
30/09/2007	09/10/2007	11.877,12	17	60	2.019,11
31/10/2007	09/11/2007	3.754,88	17	60	638,33
30/11/2007	09/12/2007	7.267,94	17	60	1.235,55
31/12/2007	09/01/2008	10.371,71	17	60	1.763,19
Total Infração					12.815,33
Infração 02					
31/01/2007	09/02/2007	6.895,88	27	60	1.172,30
28/02/2007	09/03/2007	1.693,82	27	60	287,95
31/03/2007	09/04/2007	2.658,76	27	60	451,99
30/04/2007	09/05/2007	1.824,94	27	60	310,24
31/05/2007	09/06/2007	3.344,47	27	60	568,56
30/06/2007	09/07/2007	5.177,00	27	60	880,09
31/07/2007	09/08/2007	2.226,59	27	60	378,52
31/08/2007	09/09/2007	6.621,41	27	60	1.125,64
30/09/2007	09/10/2007	3.416,82	27	60	580,86
31/10/2007	09/11/2007	8,35	27	60	1,42
30/11/2007	09/12/2007	2.675,18	27	60	454,78
31/12/2007	09/01/2008	4.905,00	27	60	833,85
Total Infração					7.046,20
Infração 06					
31/01/2007	09/02/2007	20.192,94	17	60	3.432,80
28/02/2007	09/03/2007	32.473,47	17	60	5.520,49
31/03/2007	09/04/2007	26.011,71	17	60	4.421,99
30/04/2007	09/05/2007	18.606,29	17	60	3.163,07
31/05/2007	09/06/2007	43.191,71	17	60	7.342,59
30/06/2007	09/07/2007	31.204,82	17	60	5.304,82
31/07/2007	09/08/2007	39.536,65	17	60	6.721,23
31/08/2007	09/09/2007	35.387,24	17	60	6.015,83
30/09/2007	09/10/2007	44.825,65	17	60	7.620,36
30/11/2007	09/12/2007	30.858,59	17	60	5.245,96
31/12/2007	09/01/2008	64.264,65	17	60	10.924,99
Total Infração					65.714,23
Infração 07					
30/11/2007	09/12/2007	25.910,41		60	15.546,25
31/12/2007	09/01/2008	25.994,26		60	15.596,56
Total Infração					31.142,81
TOTAL					116.718,57

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1ª JJF deste CONSEF recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1.759/1.783, no qual suscita as seguintes preliminares:

1. Nulidade das infrações 1, 2, 6 e 7, sob o fundamento de que a exigência do ICMS lançado neste Auto de Infração está embasada exclusivamente em Decreto, sem que tenha sido especificado o dispositivo de lei que autoriza a cobrança do imposto tratado neste feito administrativo, o que representa, segundo defende, violação ao princípio da legalidade.

No que tange especificamente às infrações 6 e 7, argui a falta de indicação dos dispositivos de lei que atribuem ao sujeito passivo a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS, que facultam a incidência de retenção antecipada sobre as mercadorias tratadas na autuação e que define os critérios da MVA.

2. Nulidade das infrações 1 e 2, por inobservância da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00. Neste tópico, o sujeito passivo alega que goza dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, o que somente foi reconhecido pelo acórdão da 1ª JJF, levando à exclusão das infrações 3, 4 e 5.

Afirma, ainda, que, em sua segunda manifestação, sustentou que, mesmo ante o equívoco do nobre fiscal quanto à apreciação da abrangência do Termo de Acordo firmado com o Estado, faria jus à redução da base de cálculo, pois preenchia os pressupostos exigidos pelo Decreto 7.799/2000.

Aduz: "Ora, se as mercadorias que deram origem as infrações 01 e 02 não estão abrangidas pelo regime de substituição tributária, sobre suas bases de cálculo deveria ser observado a redução prevista no famigerado Decreto 7799/00, tendo em vista que o recorrente firmou Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia, conforme comprovado nos autos e confirmado pela 1ª JJF".

Assevera que a 1ª JJF manteve o lançamento fiscal, com as reduções formuladas posteriormente pelo fiscal autuante, *"sem contudo manifestar sobre a tese supra citada"*.

Com esses argumentos, pede a nulidade das infrações 1 e 2.

3. Nulidade da infração 6, ao argumento de que os dispositivo indicados estão dissociados da acusação, gerando cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, defende a ilegalidade da exigência do ICMS por substituição tributária (infração 6), sendo devida apenas a aplicação da multa, pois os adquirentes dos produtos sujeitos a tal regime de tributação teriam feito o recolhimento do imposto devido no momento da venda aos consumidores finais.

Sustenta ser ilegal a cobrança da multa do item 7, ante a falta de juntada aos autos da relação das mercadorias que deram origem à base de cálculo trazida no demonstrativo de fls. 363 e 1.359, que permitiria saber se houve ou não tributação indevida de mercadorias que estaria fora do âmbito de incidência da antecipação parcial.

Pede a redução em 100% da multa pecuniária aplicada nesta autuação, a qual, sob a sua ótica, viola o princípio da proporcionalidade.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo interposto.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.795/1.797, opinou pelo acolhimento da preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância, tendo em vista que a Junta de Julgamento Fiscal não se manifestou sobre a tese de defesa de que, se as mercadorias tratadas nas infrações 1 e 2 não estão abrangidas pelo regime da substituição tributária, sobre a base de cálculo deveria ter sido aplicada a redução prevista no Decreto nº 7.799/00, conforme termo de acordo firmado com o Estado da Bahia.

Salienta que o silêncio da Primeira Instância prejudica o direito de defesa do contribuinte e compromete as garantias constitucionais, sendo cabível a declaração de nulidade da Decisão de primeiro grau, com o retorno do processo à JJF.

No despacho de fl. 1.798, a procuradora assistente Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, acompanhou o opinativo anterior.

VOTO

Inicialmente, destoando do Parecer da PGE/PROFIS, entendo que não merece acatamento a preliminar de nulidade suscitada no Recurso Voluntário, ao fundamento da falta de apreciação da incidência dos benefícios do Decreto nº 7.799/00 sobre o imposto lançado nas infrações 1 e 2.

Isso porque, ao revés do quanto sustenta o sujeito passivo, em momento algum ele propugnou pela aplicabilidade dos benefícios sobre o imposto lançado nas sobreditas acusações. Na defesa ofertada às fls. 1.235/1.249, o sujeito passivo limita-se a afirmar que, na infração 1, teriam sido incluídas indevidamente operações com mercadorias submetidas à substituição tributária e transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade; com relação à infração 2, o sujeito passivo apenas aponta erro material no lançamento do imposto, que foi reconhecido pelo autuante e acatado pela JJF.

Na manifestação de fls. 1.612/1.628, o sujeito passivo aduz que o imposto foi lançado sem que o autuante tivesse deduzido o *"valor que foi pago a menor"*.

Às fls. 1.687/1.688 e 1.711/1.713, o contribuinte de fato defende a incidência dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, mas com relação exclusivamente às infrações 3, 4 e 5, não havendo sequer menção ao imposto lançados nos itens 1 e 2.

Logo, a falta de manifestação da JJF, acerca da aplicabilidade ou não dos benefícios do Decreto nº 7.799/00 ao imposto lançado nas infrações 1 e 2 não caracteriza omissão, nem acarreta a nulidade da Decisão impugnada, porquanto a questão não foi ventilada pelo sujeito passivo, *oportuno tempore*.

Rejeito, pois, dita prefacial.

Melhor sorte não se reserva à preliminar de nulidade das infrações 1, 2, 6 e 7, por falta de indicação dos dispositivos legais que dão base à exigência, pois, conforme estabelece o art. 19, do RPAF, a seguir transcrito, é suficiente a indicação do dispositivo regulamentar, sobretudo quando, como nos autos, o contribuinte demonstra ter plena compreensão da exigência fiscal e exerce seu direito de defesa na forma que lhe assegura a Constituição Federal.

"Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal".

Como visto, a não indicação de dispositivo de lei não invalida a autuação e tal conclusão deriva do brocardo jurídico *da mihi factum dabo tibi jus*, aplicável analogicamente a este Conselho Fazendário, já que, no âmbito administrativo fiscal, é o Órgão competente para julgar a lide que se estabelece entre Contribuinte e Estado.

Entendimento semelhante aplica-se à alegação de que os dispositivos regulamentares indicados na infração 6 estão dissociados da acusação. De acordo com o art. 19, do RPAF, desde que a descrição da conduta infracional esteja clara, erros na indicação dos dispositivos legais ou regulamentares não viciam o lançamento de ofício.

Ademais, é importante registrar que os dispositivos indicados pelo autuante guardam perfeita consonância com a acusação, o que reforça a improcedência da prefacial suscitada.

No mérito, embora o contribuinte defenda a aplicação do benefício previsto no art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 para cálculo do imposto lançado nas infrações 1 e 2, da presente autuação, deixou de trazer aos autos as provas do cumprimento dos requisitos para fazer jus à redução da base de cálculo tratada no referido dispositivo, que segue transcrito:

Art. 1º - Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

II - Revogado

III - Revogado

IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

§ 1º - Revogado

§ 2º - Revogado

§ 3º - Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial.

§ 4º - O valor das vendas de que trata o parágrafo anterior deverá ser somado ao das saídas destinadas a contribuintes do ICMS para efeito de verificação da correspondência em relação ao faturamento total prevista no caput deste artigo.

Assim sendo, não trazendo aos autos as provas do direito que alega, é infrutífera a tese recursal.

Também não pode ser acatada a alegação de que é ilegal a exigência do ICMS por substituição tributária da infração 6, sendo devida apenas a aplicação da multa, pois os adquirentes dos produtos sujeitos a tal regime de tributação teriam feito o recolhimento do imposto devido no momento da venda aos consumidores finais.

Diz-se isso, porque a responsabilidade tributária, tanto do ponto subjetivo, quanto no aspecto quantitativo da prestação exigida do contribuinte, é definida em lei e circunstâncias fáticas não são capazes de alterá-la, ainda que repercutam no recolhimento do imposto aos cofres públicos. Nesse contexto, o fato de os destinatários da mercadoria supostamente terem feito o recolhimento do imposto em momento posterior ao realmente devido não desonera o autuado do recolhimento do ICMS a título de substituição tributária que lhe competia, até mesmo porque aqueles que fizeram o pagamento indevido poderão, a qualquer momento, requerer a restituição do indébito junto à repartição fazendária competente.

A par disso, a alegação do sujeito passivo também carece de provas, não podendo, também por isso, ser acatada por esta Câmara de Julgamento Fiscal. Logo, é devida a exigência do imposto associado à multa, exatamente como foi lançado na infração 6.

No que concerne à infração 7, a irresignação do sujeito passivo não possui respaldo legal. Como está descrito no lançamento de ofício, trata-se da aplicação da multa percentual de 60% sobre operações que deveriam ter sido objeto de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, sendo que tais operações estavam registradas na escrita do contribuinte.

Ou seja, foi o próprio contribuinte que lançou tais operações em sua escrita, revelando-se inteiramente descabida a exigência de outras provas, até mesmo porque, a escrituração do contribuinte faz prova contra ele, de acordo com o disposto na legislação tributária vigente. Havendo equívocos, cabia ao contribuinte apresentar as provas tendentes a desconstituir a sua escrita, o que, contudo, não foi feito.

Quanto ao pedido de cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal, trata-se de matéria afeta à competência da Câmara Superior, a teor do art. 159, do RPAF vigente.

A alegação de que as multas violam o primado da proporcionalidade, outrossim, refogem ao âmbito competencial deste Conselho de Fazenda, como estabelece o art. 167, do mesmo RPAF.

Nas circunstâncias, não merece provimento o Recurso Voluntário ofertado pelo contribuinte.

Com relação ao Recurso de Ofício, entendo que as desonerações levadas a efeito pela Junta de Julgamento Fiscal estão corretas, como se verá a seguir:

- a) Infrações 1, 2 e 6 - a desoneração decorreu de equívocos corrigidos pelo próprio autuante, não merecendo qualquer censura por parte desta Câmara de Julgamento Fiscal;
- b) Infrações 3, 4 e 5 - a desoneração decorreu da consideração de todos os benefícios consignados no Termo de Acordo de fls. 1.689/1.690 (arts. 1º, 2º e 3º-A, do Decreto nº 7.799/00), que não foram inicialmente acatados pelo autuante, mas, na informação fiscal de fl. 1.729, o auditor fiscal manifestou-se pela insubsistência dessas três infrações.
- c) Infração 7 - redução da multa aplicada para abranger apenas o período de vigência da Lei Estadual nº 10.847/2007, quando passou a existir previsão legal para a aplicação de multa percentual pela falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial de mercadorias com saída posterior tributada normalmente.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, mantendo a Decisão impugnada por estes e pelos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295902.1203/08-1**, lavrado contra **PRORIBEIRO ADMINISTRAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.575,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$31.142,81**, prevista no art. 42, II, “d” da lei citada, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS