

PROCESSO - A. I. N° 279102.0001/10-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS OC LTDA. (GOMES DISTRIBUIDOR)
RECORRIDOS - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS OC LTDA. (GOMES DISTRIBUIDOR) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0406-01/10
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 08/05/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0086-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO. A exclusão de notas fiscais de devolução, de notas fiscais relativas a ajustes de estoque e dos produtos copos, velas, aguardente, vinagre, margarina, leite em pó e charque, torna a infração parcialmente caracterizada. **b)** CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. DECRETO 7.799/2000. Infração totalmente caracterizada. **c)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A exclusão de notas fiscais de devolução reduz o montante do débito. Infração parcialmente comprovada. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO N° 7.799/00. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM SITUAÇÃO IRREGULAR OU NÃO INSCRITO NO CADASTRO ESTADUAL E SAÍDAS INTERESTADUAIS DE LEITE EM PÓ. A exclusão do produto farinha de mandioca, que nas operações internas goza de redução de base de cálculo em 100%, reduz o valor do débito. Infração mantida parcialmente. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. A exclusão de farinha de mandioca, que nas operações internas goza de redução de base de cálculo em 100%, reduz o valor do débito. Infração mantida de forma parcial. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. A exclusão de valores relativos à prestação de serviços, sobre os quais não incide o ICMS, reduz o montante do débito. Infração mantida parcialmente. Rejeitadas as preliminares de nulidade, não acatado o pleito para redução das multas e não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade no que se refere à aplicação das multas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 279102.0001/10-9, lavrado em 11/05/2010 para exigir ICMS no valor de R\$1.423.759,36, acrescido das multas de 50% e de 60%, em razão de sete imputações.

O Recurso de Ofício refere-se às Infrações 01,03, 05, 06 e 07, e o Recurso Voluntário refere-se às sete infrações objeto do lançamento de ofício.

INFRAÇÃO 1 – deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$557.893,35, acrescido da multa de 60%. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte estornou a menos, proporcionalmente às saídas internas de produtos beneficiados com redução de base de cálculo de 100%, o crédito fiscal referente às entradas desses produtos. Consta, também, que não fez o estorno dos créditos superiores a 10% previsto no artigo 6º do Decreto nº 7.799/00, referente às entradas de produtos cujas saídas internas se deram com o benefício da base de cálculo reduzida, conforme Demonstrativos 1, 1-A e 1-B (fls. 21 a 23).

INFRAÇÃO 2 – utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação tributária em vigor, nos meses de julho a dezembro de 2007, janeiro, abril e maio de 2008, exigindo imposto no valor de R\$80.079,85, acrescido da multa de 60%. Consta, na descrição dos fatos, que se trata das saídas interestaduais a que se refere o art. 2º do Decreto 7.799/00, conforme Demonstrativo 2 (fl. 24).

INFRAÇÃO 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a outubro e dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$24.582,89, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativos 3 e 3-A (fl. 25).

INFRAÇÃO 4 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a julho e outubro a dezembro de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$466.001,57, acrescido da multa de 50%. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte apurou ICMS a recolher na conta corrente fiscal, escriturou os valores no livro Registro de Apuração e nas DMAs, mas não fez os respectivos recolhimentos, conforme Demonstrativo 4 (fl. 26).

INFRAÇÃO 5 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a outubro e dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$225.956,32, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº. 7.799/00, nas vendas para contribuintes não inscritos no cadastro estadual, bem como nas saídas interestaduais de leite em pó, conforme Demonstrativos 5 e 5-A (fl. 39).

INFRAÇÃO 6 – recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2007 a outubro de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$29.248,29, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativos 6 e 6-A (fl. 40).

INFRAÇÃO 7 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2007, março a junho, novembro e dezembro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$39.997,09, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativos 7 e 7-A (fl. 41).

Às fls. 05, 12 e 13, comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos demonstrativos fiscais e do Auto de Infração.

O Fisco acosta, às fls. 14 a 205, documentos que consistem em Termos de Início e de Prorrogação de Fiscalização; Intimações para apresentação de documentos e de livros fiscais; Intimações para apresentação de arquivos magnéticos SINTERGRA; cópias de recibos de envios mensais, a esta SEFAZ, de arquivos SINTERGRA; listagem dos processos administrativos fiscais do contribuinte; demonstrativos do levantamento fiscal realizado; espelhos da ficha cadastral do contribuinte

nesta SEFAZ; Relação de DAEs do contribuinte; cópias de DMAs; cópias de livros fiscais e listagem de envio mensal de arquivos magnéticos a esta SEFAZ.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 209 a 450 (volume II). Acostou documentos às fls. 451 a 470.

O autuante apresentou manifestação à Carteira de Cobrança da INFAZ Juazeiro às fls. 476 e 477, acatando parte das alegações defensivas e elaborando novos demonstrativos fiscais, gravados em mídia CD-R anexada à fl. 486: Demonstrativo de Débito; Demonstrativos Sintéticos de nºs. 1, 3, 5, 6 e 7; Demonstrativos Analíticos de nºs 1-A, 1-B, 3-A, 5-A, 6-A e 7-A; assim como as notas fiscais de saídas dos exercícios de 2007 e de 2008.

Após declarar, à fl. 487, ter recebido a mídia CD-R contendo todos os novos demonstrativos elaborados pelo Fisco, o autuado se manifestou à fl. 490, afirmando que mantinha integralmente a sua impugnação.

O autuante apresentou nova manifestação à Carteira de Cobrança da INFAZ Juazeiro à fl. 494, salientando que após revisão e admissão de alegações defensivas antes não acatadas relativas à infração 1, elaborou novos Demonstrativos de Débito, Sintético nº 1 e Analítico nº 1-B (fls. 495 a 498), gravados em mídia CD-R (fl. 499).

O contribuinte declarou, à fl. 500, ter recebido a mídia CD-R contendo os novos demonstrativos.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 503 a 512 observando que após acatar algumas alegações da defesa elaborara novos demonstrativos por duas vezes, os quais foram entregues ao contribuinte, que na primeira oportunidade manteve integralmente sua impugnação, enquanto que na segunda silenciou. Contestou as alegações defensivas não acatadas e explicou as modificações efetuadas no levantamento fiscal originário. Concluiu pedindo o julgamento pela procedência parcial da autuação.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0406-01/10, às fls. 515 a 526. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Ressalto, inicialmente, que o procedimento conduzido pelo autuante foi realizado atendendo as orientações legais, estando respaldado nos correspondentes demonstrativos fiscais, onde são detalhados os fatos apurados no estabelecimento do contribuinte, elementos estes que possibilitaram o pleno exercício de defesa pelo autuado. Não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos diversos princípios que regem o processo administrativo fiscal e nem tampouco nele se constatam quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que diz respeito à alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/BA. Quanto à argumentação de que as multas são confiscatórias e exorbitantes, e de que contraria o princípio da capacidade contributiva, entretanto, realço que as mesmas foram corretamente aplicadas, estando prevista na Lei nº 7.014/96. Além disso, considerando que as exigências fiscais constantes do presente lançamento estão fundamentadas em expressa disposição legal, não vislumbro a existência de enriquecimento ilícito por parte do erário estadual.

Quanto ao pedido de redução das multas, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à aplicação de multa por infração de obrigação principal, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159 do RPAF/BA.

Observo que o Auto de Infração é composto por sete imputações, das quais o contribuinte não impugnou a infração 04, o que significa que não existe lide a respeito dessa imposição tributária. A autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, constando o esclarecimento que o contribuinte apurou ICMS a recolher em sua conta corrente fiscal, escriturando os valores no livro Registro de Apuração do ICMS e na DMA (declaração e apuração mensal do ICMS), sem efetuar os respectivos recolhimentos. Tendo em vista, ademais, que a apuração dos valores exigidos se encontra devidamente apontada no respectivo demonstrativo, a exigência resta totalmente caracterizada.

Vale aqui registrar que em relação às demais infrações, após analisar os elementos e argumentos oferecidos na impugnação, em duas oportunidades o autuante trouxe ao processo seu pronunciamento a respeito das questões que se apresentaram, quando acatou parcialmente as alegações e provas defensivas concernentes às infrações

01, 03, 05, 06 e 07, dando ciência ao contribuinte, que na primeira ocasião se manifestou, mantendo o teor da peça defensiva, sem tecer maiores comentários, enquanto que na segunda vez apenas atestou o recebimento dos elementos disponibilizados pela fiscalização.

No que se refere à infração 01, vejo que a acusação correspondeu à falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

Constatou que tendo o impugnante trazido ao processo demonstrativos e as respectivas notas fiscais, ressaltando a existência de inconsistências no levantamento fiscal, o autuante, de forma acertada, efetuou os ajustes. Assim é que, nos novos demonstrativos foram excluídas as exigências relativas à inclusão de notas fiscais de devolução; de notas fiscais relativas a ajustes de estoques (CFOP 5949); aos produtos copos, velas e aguardente, por não se encontrarem contemplados no benefício previsto no Decreto 7.799/00; além dos produtos vinagre, margarina, leite em pó e charque, que têm redução de base de cálculo superior à concedida pelo Decreto.

Quanto à discordância sobre alguns dos argumentos defensivos, também concordo com o posicionamento do autuante, pois se referiram aos seguintes pontos: manutenção da cobrança referente a óleo de soja e de algodão, pois estes produtos gozam do benefício do Decreto 7.799/00, que concede renúncia maior que a original do produto (carga tributária de 10% contra 12%); sobre os produtos da cesta básica, cujas operações internas são beneficiadas pela redução da base de cálculo em 100%, não é cabível o uso dos créditos fiscais referentes às entradas, haja vista que de acordo com a previsão contida no art. 100, inciso II do RICMS/BA, deve ser feito o estorno proporcional dos créditos, quando a operação subsequente for beneficiada com redução da base de cálculo; os créditos fiscais relativos a produtos beneficiados com a redução da base de cálculo não podem exceder a 10%, conforme estipula o art. 6º do Decreto nº 7.799/00; os produtos arroz especial e arroz para animal devem ser incluídos na cesta básica, desde quando os artigos 51, inciso I, alínea “a” e 78-A do RICMS/BA não distinguem os tipos de arroz.

Desta forma, após a exclusão dos valores relativos às operações nas quais foi constatada a existência de equívocos, a infração 01 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$511.461,62, em conformidade com o demonstrativo de fl. 498.

A infração 02 decorreu da utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação tributária. Constatou que a imposição se refere a saídas interestaduais, em relação às quais o contribuinte fez uso do referido crédito presumido em montante superior àquele previsto no art. 2º do Decreto 7.799/00, que permite o lançamento a crédito do equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias contempladas nesse diploma regulamentar.

Contestando este lançamento, o impugnante alegou que o autuante se equivocara, uma vez que existiriam diferentes percentuais a serem estornados nos débitos das saídas interestaduais e não apenas naquele estipulado pelo mencionado Decreto, citando, como exemplo, os produtos sujeitos à substituição tributária, ao que o autuante rebateu, dizendo que o crédito presumido a estornar teria aumentado se houvesse excluído o ICMS referente à substituição tributária.

Uma análise do demonstrativo de fl. 24 e das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, me leva a concluir que assiste razão ao autuante, haja vista que os valores utilizados no levantamento fiscal se referem àqueles lançados pelo contribuinte nos campos “crédito do imposto”, sob a rubrica “Decreto 7799/00”, em comparação com aqueles consignados nos campos “operações com débito do imposto”, “imposto debitado” e “para outros estados”. Tomando como exemplo os dados lançados no citado livro às fls. 136/137, vejo, de forma bastante clara, que enquanto os valores totais dos débitos nas operações interestaduais foi de R\$80.981,58, que geraria um montante de R\$13.497,20, no campo referente ao estorno decorrente do “Decreto 7799/00” foi apontado o estorno no valor de R\$24.997,49, resultando na diferença a ser exigível de R\$11.500,29.

Deste modo, considerando que os créditos presumidos escriturados no livro Registro de Apuração são superiores aos permitidos pela norma regulamentar, concluo pela manutenção integral da infração 02.

Na infração 03, ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Constatou que o autuante agiu acertadamente quando acatou as alegações do defensor concernentes às devoluções realizadas, retirando-as dos novos demonstrativos que elaborou.

No que concerne aos produtos da substituição tributária, em relação aos quais o contribuinte se creditara indevidamente do ICMS nas entradas, e também se debitara nas vendas, razão pela qual pleiteou o reconhecimento do estorno do débito indevido nas saídas dos produtos e a sua compensação com os débitos, saliento que consoante determina o art. 112, § 4º do RICMS-BA, o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, enquanto que o seu estorno poderá ser

objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF/BA, precisamente no disposto em seus artigos 73 e 74, incisos I a IV.

Em vista destes esclarecimentos, a infração 03 resta parcialmente caracterizada, no montante de R\$22.804,00, conforme indicado no demonstrativo de fl. 482.

O lançamento consubstanciado na infração 05 se referiu ao recolhimento a menos do ICMS, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Observo que a imputação decorreu da utilização de forma inadequada da previsão de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00.

A linha adotada pela defesa se ancorou basicamente na alegação de que nas saídas tanto interestaduais como internas, independentemente das quantidades comercializadas, deveria se utilizar sempre da tributação aplicável às operações internas para não contribuintes. Aduziu, ainda, que foram considerados como produtos normais, não integrantes da cesta básica, os produtos farinha de mandioca, canjiquinha e xerém.

Quanto ao primeiro ponto aventado pelo impugnante, convém ressaltar que de acordo com a previsão constante do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, devem ser consideradas como adquiridas para revenda e, portanto, efetuadas por contribuinte do imposto, as mercadorias que representem um volume tal e também com uma regularidade que indiquem que se destinam à mercancia. Fisco que essa disposição legal foi recepcionada pelo art. 5º da Lei Estadual do ICMS, de nº 7.014/96, assim como pelo art. 36 do RICMS/BA.

Ao analisar o respectivo demonstrativo, constatei que as quantidades comercializadas representam grandes volumes, que não são compatíveis com aquisições destinadas a consumidores, tornando evidente que têm como objetivo a comercialização. Ademais, conforme apontou o autuante, os adquirentes são clientes regulares do autuado. Assim, estas duas constatações me levam a concluir que, efetivamente, os destinatários das operações em questão são contribuintes do ICMS, apesar de não possuírem inscrições estaduais nos cadastros dos respectivos estados.

Concluo, deste modo, que em relação às vendas interestaduais não poderia ser utilizada a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, mesmo porque o seu art. 1º determina que o benefício somente pode ser aplicado às situações envolvendo contribuintes regularmente inscritos na cadastro estadual e desde quando os adquirentes se encontrem estabelecidos no Estado da Bahia. Quanto às operações de saídas interestaduais de produtos da cesta básica, não pode ser admitida a utilização da alíquota estabelecida para as operações internas, haja vista que, conforme esclarecido acima, os adquirentes se constituem em contribuintes do imposto, mesmo que não possuam inscrição no cadastro de seu estado, cabendo, assim, a aplicação da alíquota de 12%, prevista no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, que vem a ser aquela determinada para as vendas interestaduais para contribuintes.

No que se refere especificamente ao produto leite em pó, ressalto que a redução da base de cálculo estabelecida no inciso XXI do art. 87 do RICMS/BA alcança apenas as operações internas. Como essa mercadoria é tributada normalmente nas saídas interestaduais, deve incidir o imposto à alíquota de 12%, quando as operações destinarem mercadorias à revenda, seja por contribuintes inscritos ou não, enquanto que sendo as mercadorias destinadas a consumidor final a alíquota cabível é de 17%.

Observo que o autuante aceitou as ponderações do sujeito passivo no que se refere ao produto farinha de mandioca, excluindo-o dos novos demonstrativos que elaborou, uma vez que, realmente, de acordo com o art. 14, inciso XVII do RICMS/BA, goza de isenção nas operações internas.

Acompanho, também, a conclusão do autuante no que concerne aos produtos canjica, canjiquinha e xerém, os quais não podem ser equiparados ao fubá de milho, para o qual há previsão de redução na base de cálculo de 100% nas operações internas, conforme consta no art. 87, inciso XXX do RICMS/BA. Vale consignar que aqueles produtos não se encontram nominalmente relacionados no art. 51, § 3º, II do RICMS, que indica quais os itens que se encontram inseridos no gênero fubá de milho. Deste modo, está correta a exigência fiscal nas saídas internas para contribuintes inscritos de modo que a carga tributária seja de 10% e para não inscritos com a alíquota de 17%.

Assim, a infração 05 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$223.644,75, em conformidade com o demonstrativo de fl. 483.

A exigência atinente à infração 06 trata do recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Constatou que as alegações defensivas se mostraram semelhantes àquelas trazidas contra a infração anterior, tendo sido corretamente exigido o imposto, desde quando a fiscalização aplicou a alíquota de 12% nas saídas interestaduais de produtos da cesta básica para contribuintes, quer fossem inscritos ou não. Já nas operações internas destinadas a contribuintes inscritos utilizou-se da carga tributária de 10% no caso de produtos normais (não integrantes da cesta básica) e 17% nas saídas de fécula de mandioca para contribuintes não inscritos.

O autuante esclareceu que a infração decorreu principalmente do fato de o contribuinte ter considerado fécula de mandioca como se estivesse incluída na cesta básica, tributando-a à alíquota de 7% nas saídas internas para contribuintes inscritos, quando é aplicável a carga tributária de 10%, conforme previsto no Decreto 7.799/00.

Observo que o autuante excluiu da exigência o montante do imposto que lançara de forma equivocada, relativo à saída interna de farinha de mandioca, de modo que esta infração fica mantida de forma parcial, no valor de R\$28.826,66, conforme consta no demonstrativo de fl. 484.

O lançamento concernente à infração 07 teve como motivação a falta de recolhimento de ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Verifico que tendo o contribuinte se insurgido contra os cálculos realizados pelo fisco, no que se refere a valores concernentes à prestações de serviços, sobre os quais realmente não tinha pertinência a cobrança do tributo, o autuante acatou tal argumentação, elaborando o demonstrativo de fl. 485. Deste modo, esta infração resta caracterizada de forma parcial, no valor de R\$35.845,76.

Registro que os novos valores correspondentes ao lançamento tributário se encontram indicados no Demonstrativo de Débito acostado às fls. 495 a 497.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, ficando mantidas parcialmente as infrações 01, 03, 05, 06, e 07, e restando caracterizadas as infrações 02 e 04.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 539 a 557, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese o Recorrente preliminarmente alega a tempestividade do Recurso, copia as imputações e os dispositivos normativos ali citados, relata ter impugnado o lançamento de ofício, que foi julgado parcialmente improcedente, e em seguida passa a pronunciar-se acerca das Infrações 1 a 7.

Quanto à Infração 1, aduz que o Fisco lhe imputara que a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$557.893,35, acrescido da multa de 60%.

Que após a Impugnação Administrativa apresentada, o Auditor Fiscal reconheceu a ilegalidade das seguintes cobranças, realizando sua exclusão da imputação: a) inclusão de notas fiscais de devolução; b) inclusão de notas fiscais relativas a ajustes de estoques (CFOP 5949); c) aos copos, velas e aguardente; e d) ao vinagre, margarina, leite em pó e charque.

Que nesta Infração 1 o Auditor Fiscal alega que ele, recorrente, teria deixado de efetuar o estorno relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com a redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional. Mas que, contudo, não obstante as exclusões realizadas, quanto aos demais itens também seria ilegal a autuação, porque no demonstrativo 1-A o Auditor Fiscal demonstra a forma como apurou o valor da infração, e neste demonstrativo são apresentados os produtos com base de cálculo reduzida nas saídas e o Fisco consequentemente aduz que deveria haver o estorno do crédito nas entradas. Que esta conclusão seria absurda; que o Auditor Fiscal, inclusive, equivocadamente considerara “*arrozes especiais e arroz para animal como produtos de cesta básica.*”; que na parte referente às entradas de arroz, cuscuz e feijão, o autuante fez o estorno do ICMS nos créditos decorrentes das devoluções de vendas, mas que “*se é destacado o débito de ICMS nas vendas interestaduais, referidas devoluções devem ser acompanhadas dos devidos créditos. Esses créditos não podem ser objeto de estorno.*” Pede pela improcedência da imputação 1.

Quanto à Infração 2 relata que lhe foi imputado ter utilizado crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, e a apropriação, a maior, de crédito fiscal presumido referente às saídas interestaduais a que alude o artigo 2º do Decreto nº 7.799/00, conforme explicitado no demonstrativo nº 02. Que, nesse ponto, estariam equivocados o Auditor Fiscal e o julgador de Primeira Instância. Que no demonstrativo o Auditor apresentara, de forma

sintética, os valores de débitos nas saídas interestaduais, e teria considerado, de forma que diz ter sido genérica e infundada, que ele, contribuinte, deveria estornar 16,667% do total desses débitos. Que esse raciocínio estaria eivado de erros, pois existiriam diferentes percentuais a serem estornados nos débitos nas saídas interestaduais e não apenas 16,667%, conforme declara o Auditor Fiscal. Que ele Recorrente, cita, a título de exemplo, os produtos sujeitos à substituição tributária, quando da venda desses produtos para outras Unidades da Federação. Que, nesse caso, destaca o ICMS a 12% para, no momento da apuração do ICMS, proceder ao estorno de 100% desses valores. Que, assim, conclui que os valores de débitos nas saídas interestaduais não estariam sujeitos apenas ao estorno de 16,667%.

No que tange à Infração 3, o Fisco imputou-lhe a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, e que após a apresentação da Impugnação o Auditor Fiscal reconheceu a ilegalidade parcial da autuação no que se refere às devoluções realizadas. Que, com relação aos demais produtos, ele, *“recorrente, já reconheceu que realmente os tributos erroneamente de forma normal, destacando-se as Colas. Assim, creditou-se indevidamente do ICMS nas entradas, todavia também se debitou do ICMS nas vendas. Por referido motivo, requereu o reconhecimento do estorno do débito indevido nas saídas desses produtos e a compensação desses valores com possíveis débitos. Assim sendo, requer a reforma da Decisão recorrida para ser reconhecido o estorno do débito indevido nas saídas com a compensação dos valores com eventuais débitos da empresa.”*

Quanto à Infração 4, o Auditor Fiscal imputou-lhe ter deixado de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Que também alega que ele, recorrente, teria apurado ICMS a recolher na conta corrente fiscal, escriturando os valores no Registro de Apuração e nas DMAs, mas não realizando os respectivos recolhimentos, consoante demonstrativo nº 04. Que, segundo o Julgador de Primeira Instância, ele, autuado, reconheceria tacitamente a imputação, uma vez que não tratou a respeito em sua impugnação. Que, conforme reconheceu o autuante, trata-se de débito declarado por ele, Recorrente, às autoridades fiscais, porém não recolhido no prazo regulamentar. Que, nestes casos, descaberia a cobrança via Auto de Infração, que é um instrumento que serve para constituir créditos tributários. Que a *“cobrança de débitos declarados deve seguir seu rito próprio, que não se confunde com a cobrança de débitos ainda não constituídos, que é feita por meio de Auto de Infração. Isso porque, com a declaração do contribuinte, o débito já se encontra constituído e seu não pagamento sujeito apenas a multa de mora, não sendo possível a imposição de multa punitiva. Logo, tal débito, bem como a multa respectiva, não pode ser objeto de Auto de Infração, de modo que sua cobrança deve ser anulada.”*

No que refere à Infração 5, o Fisco imputou-lhe o recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Que, segundo autuante, ele, recorrente, teria se utilizado do benefício da redução de base de cálculo concedido pelo Decreto 7.799/00 em saídas para contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, bem como também teria reduzido a base de cálculo em saídas interestaduais de leite em pó, afrontando o disposto no art. 87, CCI, do RICMS/BA, do modo constante nos demonstrativos nºs 5 e 5-A. Que, neste item, o Fiscal reconheceu a ilegalidade no que tange à farinha de mandioca, excluindo-a dos demonstrativos posteriormente à apresentação da defesa. Que, contudo, no que tange ao restante, também deveria ser “anulado” o Auto de Infração.

O Recorrente aduz que o artigo 50, I, do RICMS/BA, que copia, define que nas operações internas será aplicada a alíquota de 17%, e esta mesma alíquota será aplicada nas operações interestaduais, quando as vendas forem realizadas para não contribuinte. Que assim conclui que, quando realizadas operações interestaduais para não contribuintes, a alíquota aplicada deveria ser a mesma alíquota da operação interna para contribuintes, 17%.

Que adiante o artigo 87, inc. XXI, do RICMS/BA, que transcreve, prevê que as operações internas com leite em pó sofrerão redução na base de cálculo de 58,825%, de forma que a carga tributária incidente seja de 7%.

Que a norma especial trata exclusivamente das operações internas e silencia quanto às operações interestaduais. Que assim não haveria norma específica para as operações interestaduais, e aplicar-se-ia a norma geral, ou seja, nas operações interestaduais para não contribuintes, aplicar-se-ia a alíquota interna, no caso em tela 7%, conforme o artigo 87, XXI, do RICMS/BA. Que, além disso, o autuante considerou como produtos normais, não integrantes da cesta básica, os produtos farinha de mandioca, canjiquinha e xerém. Que, também deveria ser “anulado” o Auto de Infração no que tange ao item 05.

Quanto à Infração 06 relata que lhe foi imputado recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Que o autuante excluiu o montante do imposto relativo à saída interna de farinha de mandioca, pois reconheceu a ilegalidade da cobrança. Que sobre os demais itens a autuação também deveria ser “anulada”. Que conforme demonstrativo 6-A, o Auditor Fiscal está cobrando ICMS supostamente devido nas operações com produtos da cesta básica (arroz, feijão, cuscuz), conforme impõe o artigo 51, I, a, do RICMS/BA, que copia, à alíquota de 7%. Que, entretanto, o artigo 78-A, combinado com o artigo 87, XXX [RICMS/BA] define que, com exceção do macarrão, tais produtos sofreriam redução de 100%, de forma que a carga tributária seja de 0%. Copia os dispositivos regulamentares.

Afirma que se a norma especial não faz nenhuma referência às operações interestaduais, ele, Recorrente, entende que a norma geral deveria ser aplicada, e que neste caso o entendimento iria além, pois *“a norma não trata de operações com contribuintes inscritos ou não inscritos, ela é genérica aplicada a todos. Logo se realizarmos operações interestaduais, para contribuintes não inscritos, devemos aplicar a alíquota interna, no caso em tela, alíquota de 7%, com redução de 100%, de forma que a carga tributária será de 0%.”* Diz que, assim, também a infração 06 deveria ser “anulada”.

No que tange à Infração 7, relata que foi-lhe imputada a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Que do mesmo modo teria ocorrido em relação a aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado, como explicam os demonstrativo de nºs 7 e 7-A. Que, nesse último item, restou reconhecida parcialmente a ilegalidade da exigência fiscal, no que tange à inclusão dos valores concernentes às prestações de serviços. Que, contudo, teria que ser totalmente *“excluída a autuação fiscal, uma vez que não restou comprovada a irregularidade comprovada dos documentos analisados, sendo totalmente insubstancial a autuação realizada.”*

O recorrente passa a reprisar os argumentos já externados em sede de impugnação acerca de que as multas aplicadas, de 60% e de 70%, seriam confiscatórias. Cita doutrina, decisões judiciais, fala em dispositivos e princípios constitucionais, poder-dever de tributar. Pede que seja *“reconhecido o efeito confiscatório das multas aplicadas, sendo as mesmas reduzidas a um patamar razoável que não ofenda aos Princípios do Não Confisco, Proporcionalidade e Razoabilidade.”*

O contribuinte conclui pedindo a reforma da Decisão guerreada para a anulação do Auto de Infração; alternativamente, requer a redução dos valores em cobrança que aduz serem ilegais, bem como das multas de 60% e 70%, com a aplicação de um montante que obedeça o disposto no ordenamento jurídico e já decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos transcritos pelo sujeito passivo em sua peça de Recurso.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 564 e 565 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso Voluntário, o quanto já alegado na impugnação inicial.

Resume as alegações recursais e aduz que, em relação à imputação 01, não há mais irregularidades, uma vez que o autuante já fez os ajustes necessários, que importaram em redução da exigência, não cabendo o argumento de que os arrozes especiais e para animais não devem ser considerados cesta básica, já que não há distinção na Lei, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Em relação à Infração 2, expõe que o autuante demonstrou que os débitos sob a rubrica “Decreto 7799/00” totalizam R\$80.981,58, o que daria um estorno de R\$13.497,20, e foram estornados R\$24.997,49.

Quanto à Infração 03, relata que o contribuinte reconhece que se creditou indevidamente, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, mas afirma que procedeu à tributação “cheia” nas saídas, requerendo a compensação, pelo que a representante da PGE/PROFIS aduz que comprovado que o crédito lançado em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária foi compensado com os estornos também efetuados no momento da saída, entende que a exigência do ICMS seria improcedente.

Quanto à Infração 4, aduz que valores lançados e não recolhidos podem ser exigidos por autuação fiscal, já que não houve denúncia espontânea.

No que tange à Infração 5, afirma que os montantes comercializados e a regularidade dos adquirentes revelam que se trata, na verdade, de vendas a contribuintes em outros Estados, o que afasta as alegações recursais. Que a operação interestadual com produtos da cesta básica não é beneficiada com a redução prevista no Decreto nº 7799/00.

Em relação à Infração 06, expõe que nas operações interestaduais aplica-se a alíquota de 12%.

No quanto pertinente à Infração 7, afirma que a exigência da falta de recolhimento do diferencial de alíquota está baseada na documentação do contribuinte, que não pode alegar falta de comprovação, porque os registros contam dos seus livros e notas fiscais. A procuradora aduz não ver contestação objetiva para esta imputação.

Afirma que as multas estão aplicadas de acordo com a Lei nº 7.014/96 para as infrações cometidas pelo contribuinte, e que não cabe a alegação de constitucionalidade, por vedação expressa do artigo 167 do RPAF/99.

Conclui opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 566, a procuradora assistente do NCA – Núcleo de Consultoria e Assessoramento da PGE/PROFIS emite Despacho aduzindo que antes de manifestação conclusiva sobre o mérito do Recurso, requeria a conversão do feito em Diligência para que, em relação à Infração 3, fosse esclarecido se efetivamente houvera a “tributação cheia” na saída, devendo-se elaborar novo demonstrativo de débito, se fosse o caso, apontando as diferenças creditadas indevidamente nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação e os valores pagos a título de ICMS nas saídas. Encaminhou o despacho a este Conselho de Fazenda.

À fl. 567, este CONSEF deliberou, em sessão de pauta suplementar, pela não conversão do processo em diligência, tendo em vista que os elementos constantes do processo são necessários e suficientes para deslinde e julgamento de mérito do fato, encaminhando o processo para a emissão de Parecer conclusivo pela PGE/PROFIS.

Em seguida, a procuradora assistente do NCA – Núcleo de Consultoria e Assessoramento da PGE/PROFIS emite Despacho acompanhando integralmente os termos do Parecer PGE/PROFIS de fls. 564 e 565, opinando no sentido do Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange aos pedidos, feitos em sede de recurso, no sentido de “anulação” de imputações do presente lançamento de ofício, verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Assinalo que, tal como já dito no Acórdão objeto dos Recursos, o pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Tratando-se de Recursos que versam, o de Ofício, sobre a quase totalidade do Auto de Infração, e Voluntário, sobre essa totalidade, ao analisar cada imputação pronunciarei-me sobre o mérito e em seguida darei meu voto acerca de ambos.

Tal como já exposto no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, e exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, em suma, o quanto já apreciado em primeira instância. A exceção refere-se à impugnação, já em sede recursal, em relação à Infração 04, o que será apreciado ainda neste voto.

Assim, pela ordem, no que tange à Infração 1, está ali consignada a imputação de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$557.893,35, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, constando, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que o contribuinte estornou a menos, proporcionalmente às saídas internas de produtos beneficiados com redução de base de cálculo de 100%, o crédito fiscal referente às entradas desses produtos. O Fisco ali informa, também, que o contribuinte não fez o estorno dos créditos superiores a 10% previsto no artigo 6º do Decreto nº 7.799/00, referente às entradas de produtos cujas saídas internas se deram com o benefício da base de cálculo reduzida, conforme Demonstrativos 1, 1-A e 1-B (fls. 21 a 23).

Na revisão fiscal realizada, o autuante explica de forma didática, às fls. 503 a 505 dos autos, em sua informação fiscal, que o autuado, no período fiscalizado, atuava no ramo do comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e era detentora do benefício concedido pelo Decreto 7799/00 (atacadistas), consistindo tal benefício, em resumo, na redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% nas saídas internas para contribuintes inscritos na SEFAZ/BA, de modo que a carga tributária resultante fosse de 10%.

Compulsando os autos constato que a Infração 01 cobra estornos de crédito realizados a menos referentes a produtos da cesta básica, e a créditos superiores a 10%, conforme previsto no art. 6º do Decreto nº 7799/00.

Exatamente conforme já explicitado pelo autuante em sua informação fiscal, no caso de produtos da cesta básica, consoante artigos 78-A e 87, XXX, ambos do RICMS/BA, as operações internas com estes produtos da cesta básica são beneficiadas com a redução da base de cálculo em 100%, nas suas saídas internas:

RICMS/BA:

Art. 78-A. É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXX - das operações internas com sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho em 100% (cem por cento); (grifos nossos)

Contudo, o artigo 93, §1º, inciso II, do RICMS/BA, dispõe que o direito ao crédito decorrente das entradas de produtos e serviços está condicionado a que sejam tributadas as saídas posteriores dos produtos, não estando assegurado tal direito de crédito quando se trata de mercadorias isentas, ou não tributadas, exceto nas hipóteses de manutenção de crédito expressamente previstas, e que não se coadunam com as operações em foco:

RICMS/BA:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Já o artigo 100, inciso II, do RICMS/BA, estabelece para o contribuinte do imposto a obrigação de efetuar o estorno proporcional aos créditos decorrentes das entradas de mercadorias que comercialize, quando a operação subsequente for beneficiada pela redução da base de cálculo:

RICMS/BA:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Portanto, o contribuinte deveria ter procedido ao estorno dos débitos na mesma proporção da redução da base de cálculo das mercadorias nas operações que praticou. Tendo o Fisco verificado a diferença, cobrou o imposto devido.

Quanto à correta utilização do benefício referente ao Decreto nº 7799/00, conforme exposto pelo autuante, para que se mantenha a equivalência entre os percentuais de débito e de crédito do imposto, o artigo 6º do Decreto nº 7799/00, em redação em vigor no período objeto da imputação 01, janeiro de 2007 a dezembro de 2008, determinava que os créditos fiscais referentes aos produtos beneficiados com a redução da base de cálculo para a carga tributária final de 10%, também não poderiam exceder este limite de 10%:

Decreto nº 7799/00:

Art. 6º. Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º-F, não

poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias."

(Redação dada ao caput do art. 6º pelo Decreto nº 10.066, de 03/08/06, DOE de 04/08/06, efeitos de 01/08/06 a 23/12/10)

O Auditor Fiscal autuante, verificando a procedência de parte das alegações do autuado, fez a exclusão, nos novos demonstrativos que elaborou, concernentes aos valores das notas fiscais de devolução; valores das notas fiscais relativas a ajustes de estoques (CFOP 5949); valores das operações com os produtos copos, velas e aguardente, excluídos do benefício do Decreto nº 7.799/00, com base em Parecer da DITRI. O autuante também explicita que, quanto aos produtos com redução de base de cálculo superior à concedida pelo Decreto, também excluiu os valores relativos às operações com vinagre, margarina, leite em pó e charque. Que, porém, manteve a cobrança sobre as operações com óleo de soja e de algodão, uma vez que estes dois produtos gozam do benefício do Decreto nº 7.799/00, que concede renúncia maior do que a redução de base de cálculo original do produto.

Observo que o contribuinte inova ao tecer comentários acerca de que alguns tipos de arroz não estariam contemplados como produto da cesta básica, porque a legislação de fato não faz tal distinção. Também inova ao comparar produtos que não estão contemplados na legislação que o próprio contribuinte cita em seu Recurso Voluntário.

A legislação relativa a benefícios fiscais deve ser interpretada de forma restritiva, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN:

CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

Já reduzido o débito em razão de revisão realizada pelo próprio autuante, ao acatar parte das alegações defensivas as respeito, restou a ser exigido o ICMS no montante de R\$511.461,62, conforme demonstrativo fiscal de fl. 498, tal como corretamente julgado em Decisão de primeiro grau.

Mantida a Decisão recorrida em relação à imputação 1, e não acolhidos os Recursos interpostos.

Quanto à Infração 2, o contribuinte novamente reprisa seus argumentos defensivos, e pela objetividade transcrevo trecho do voto de primeiro grau, por com o mesmo concordar integralmente:

"(...)

Uma análise do demonstrativo de fl. 24 e das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, me leva a concluir que assiste razão ao autuante, haja vista que os valores utilizados no levantamento fiscal se referem àqueles lançados pelo contribuinte nos campos “crédito do imposto”, sob a rubrica “Decreto 7799/00”, em comparação com aqueles consignados nos campos “operações com débito do imposto”, “imposto debitado” e “para outros estados”. Tomando como exemplo os dados lançados no citado livro às fls. 136/137, vejo, de forma bastante clara, que enquanto os valores totais dos débitos nas operações interestaduais foi de R\$80.981,58, que geraria um montante de R\$13.497,20, no campo referente ao estorno decorrente do “Decreto 7799/00” foi apontado o estorno no valor de R\$24.997,49, resultando na diferença a ser exigível de R\$11.500,29.

Deste modo, considerando que os créditos presumidos escriturados no livro Registro de Apuração são superiores aos permitidos pela norma regulamentar, concluo pela manutenção integral da infração 02.”

Pelo exposto voto pela manutenção da Decisão recorrida, e pelo Improvimento do Recurso Voluntário quanto à imputação 2.

Em relação à Infração 3, esta trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto devido por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a outubro e dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$24.582,89, acrescido da multa de 60%. O autuante, ainda em sua informação fiscal,

explicou ter excluído, do valor do débito lançado, a parcela atinente às devoluções. O contribuinte, contudo, solicita compensação do débito remanescente com créditos que alega possuir, pelas saídas que aduz terem sido indevidamente, objeto de pagamento de imposto.

A digna representante da PGE/PROFIS opina pelo atendimento do Recurso Voluntário quanto a esta imputação.

Com a máxima vênia, permito-me discordar do Parecer emitido pela PGE/PROFIS. Assinalo que existe vedação expressa ao uso deste crédito fiscal pelo recorrente. Em segundo lugar, para que se pudesse efetuar tal compensação, o contribuinte teria que comprovar que pagara o ICMS, nas operações de saídas, para cada mercadoria, enquadrada no regime de substituição tributária, que fora objeto da operação de aquisição com utilização indevida de crédito, e que esteja sendo objeto da presente imputação. Esta prova não está nos autos. E, ainda que o contribuinte trouxesse disto provas documentais ao processo, tal compensação dependeria de uma verificação fiscal, cuja competência extrapola as fronteiras deste contencioso administrativo, e deveria ser realizada, se fosse o caso, pela INFRAZ do domicílio fiscal do contribuinte, em ação fiscal a tanto destinada.

Voto pela manutenção da Decisão recorrida, e pelo Improvimento dos Recursos de Ofício e Voluntário quanto à imputação 2.

Quanto à Infração 4, o contribuinte admite ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a julho e outubro a dezembro de 2008, mas aduz que pelo fato de ter realizado a escrituração fiscal não poderia ser autuado, e a multa não poderia ser cobrada. É alegação sem amparo jurídico, pelo que, concordando com o Parecer da PGE/PROFIS, voto pela manutenção da Decisão recorrida, e pelo improvimento do Recurso Voluntário quanto à imputação 04.

No que se refere à Infração 5, esta trata de recolhimento a menos o ICMS no valor de R\$225.956,32, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a outubro e dezembro de 2008, constando, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que se refere à aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas vendas para contribuintes não inscritos no cadastro estadual, bem como nas saídas interestaduais de leite em pó.

O contribuinte, novamente, pugna pela interpretação inovadora de dispositivos da legislação tributária e pela interpretação extensiva quanto ao direito de uso de benefício fiscal.

O autuante retira do lançamento, em relação a esta imputação, os valores concernentes às operações com o produto farinha de mandioca, reconhecendo que este produto goza de isenção, conforme previsto no artigo 14, XVIII, do RICMS/BA.

Quanto aos produtos xerém, canjica a e canjiquinha, não logrou o recorrente provar que se enquadrariam como fubá. Assim, o Fisco exigiu, na autuação, em relação às saídas internas destinadas a contribuintes inscritos, a tributação com a carga tributária de 10% concedida aos atacadistas conforme Decreto nº 7799/00; e, tratando-se de operações realizadas pelo Recorrente com não contribuintes, aplicando a tributação normal à alíquota de 17%. Verificada a diferença em relação aos recolhimentos realizados pelo autuado, foi cobrada no Auto de Infração, já devidamente ajustado conforme exposto neste voto e no voto de primeira instância.

Para evitar a repetição do texto do brilhante voto objeto do Acórdão recorrido, uma vez que este já consta transscrito no Relatório deste Acórdão de segundo grau, aduzo que com o mesmo concordo, e faço minhas aquelas ponderações e afirmativas.

Ademais, tal como já dito pela douta procuradora da PGE/PROFIS em seu Parecer neste processo, os montantes comercializados e a regularidade dos adquirentes revelam que se trata de vendas a contribuintes em outros Estados, o que afasta as alegações recursais, e as operações

interestaduais com produtos da cesta básica não é beneficiada com a redução prevista no Decreto nº 7799/00.

Assim, voto pela manutenção da Decisão recorrida, e pelo improviso do Recurso Voluntário quanto à imputação 5, que permanece mantida de forma parcial no montante de R\$223.644,75, conforme demonstrativo fiscal de fl. 483.

No quanto pertinente à Infração 6, esta trata de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$29.248,29, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2007 a outubro de 2008, sendo exigido o imposto, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativos 6 e 6-A (fl. 40).

O autuante explica, em sua informação fiscal, que exigiu o imposto com a alíquota de 12% nas saídas interestaduais de produtos da cesta básica, para contribuintes, inscritos ou não; 10% nas saídas internas de produtos normais (não integrantes da cesta básica), quando destinados a contribuintes inscritos; e 17% nas saídas internas de fécula de mandioca para contribuintes não inscritos.

Observa que grande parte da infração decorreu do fato de o contribuinte considerar fécula de mandioca como integrante da cesta básica, tributando com alíquota de 7% nas saídas internas para contribuintes inscritos, quando o produto merece apenas o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00, de modo que a carga tributária fique em 10%. Deduz que o autuado considerava o produto sinônimo de farinha de mandioca, porém, percebendo o equívoco, não se pronunciou sobre o assunto em sua impugnação.

Realça que também em relação a esta imputação o contribuinte apresentou os argumentos relativos aos produtos da cesta básica (arroz, feijão e cuscuz) e emitiu relação baseada no Demonstrativo 6-A, entretanto suprimindo a coluna referente à inscrição estadual, e lista os produtos que tributou a 7%: saídas interestaduais de arroz, cuscuz, farinha de mandioca, feijão e sal, para contribuintes não inscritos; saídas internas de canjica; saídas internas e interestaduais de canjiquinha e xerém para contribuintes, inscritos e não inscritos; saídas internas de munguzá para contribuintes não inscritos. Argumenta que ao analisar a infração anterior já rebateu a inclusão desses produtos dentre aqueles que a norma concede benefícios. Quanto ao munguzá, afirma que não se trata de milho, mas de um doce feito à base de grãos de milho cozidos. O que faria jus ao benefício seriam os grãos de milho crus para a sua elaboração, como ocorre com o milho para pipoca.

Ressalva que, por um lapso, incluía indevidamente a Nota Fiscal nº 473.817, de 10/08/2007, referente a uma saída interna de farinha de mandioca, entretanto no novo Demonstrativo 6-A a excluiu.

O contribuinte, em grau de Recurso, em que pese toda a explicação do autuante, e a Decisão de primeiro grau explicitando os fatos, reprisa seus argumentos defensivos.

Volta a inovar ao interpretar a legislação tributária quando afirma que se a norma especial não faz referência às operações interestaduais, pelo que a “norma geral” deveria ser aplicada, e que neste caso o entendimento iria além, pois *“a norma não trata de operações com contribuintes inscritos ou não inscritos, ela é genérica aplicada a todos. Logo se realizarmos operações interestaduais, para contribuintes não inscritos, devemos aplicar a alíquota interna, no caso em tela, alíquota de 7%, com redução de 100%, de forma que a carga tributária será de 0%.”*

Porém, tratando-se de definição de alíquotas aplicáveis às operações interestaduais, apenas cabe a adoção da alíquota de 12%.

Por tudo quanto exposto no voto de primeiro grau a respeito, e conforme teor do Parecer PGE/PROFIS, já relatado, e voto pela manutenção da Decisão recorrida, que julgou parcialmente procedente imputação 6 no valor de R\$28.826,66, conforme demonstrativo de fl. 484, e pelo improviso dos Recursos de Ofício e Voluntário quanto à mesma.

Em relação à Infração 7, esta tem como tema a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$39.997,09, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2007, março a junho, novembro e dezembro de 2008. O autuante, concordando com o pleito defensivo neste sentido, excluiu valores concernentes a notas fiscais referentes a uso de serviços pelo sujeito passivo, e reduziu o débito originariamente lançado de ofício.

O julgamento de primeiro grau, corretamente acatando tal exclusão, julgou esta infração parcialmente procedente.

Em sede de Recurso, o contribuinte faz alegação genérica de falta de provas da irregularidade que, contudo, foi apurada com base em seus livros e documentos fiscais.

Assim, voto pela manutenção da Decisão recorrida, que julgou parcialmente procedente a imputação 7 no valor de R\$35.845,76, conforme demonstrativo de fl. 485, e pelo improviso dos Recursos de Ofício e Voluntário quanto à mesma.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos interpuestos, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279102.0001/10-9, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS OC LTDA. (GOMES DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.368.664,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$902.662,64 e 50% sobre R\$466.001,57, previstas nos incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, alíneas “a” e “b”, III e I, alínea “a” do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS