

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0009/13-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DEC CONAR - DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - DEC CONAR - DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0231-05/13
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0105-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Aquisição de mercadorias em operações com pagamento antecipado do imposto. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. b) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Benefícios do Decreto nº 7.799/00. Revisão do débito na informação fiscal. Valores ajustados, em conformidade com o critério da proporcionalidade previsto no RICMS/97. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Apuração do imposto a partir de arquivos magnéticos do SINTEGRA inconsistentes. Fato reconhecido pelo autuante na informação fiscal. Resultados da apuração do imposto totalmente distorcidos. Item nulo. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em relação à Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 16/12/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2013, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 264.075,20 (duzentos e sessenta e quatro mil, setenta e cinco reais e vinte centavos), em decorrência do cometimento de 3 (três) Infrações.

A Infração 1 foi expressamente reconhecida pelo autuado.

A Infração 2 foi julgada procedente em parte, contra a qual o autuado apresentou Recurso Voluntário e a JJF apresenta Recurso de Ofício, e a Infração 3 foi julgada Nula, contra a qual a JJF apresenta Recurso de Ofício. As infrações contestadas consistem em:

RV e RO - Infração 02: 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 a parte proporcional da redução. O contribuinte deixou de proceder o estorno previsto no art. 6º do Dec 7799/00, em parte das entradas de mercadorias oriundas da Bahia e do Norte e Nordeste. Tais fatos estão espelhados na planilha Demonstrativo das Entradas sem Redução ICMS prevista no Dec 7799/00. Valor total da infração R\$155.969,89.

RO - Infração 03: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na aplicação da alíquota devido a classificação indevida de mercadorias tributada normalmente como se fosse sujeita a antecipação/substituição tributária. Os fatos estão demonstrados na planilha erro na determinação da alíquota – 2010. Valor total da infração R\$107.861,17.

Após a apresentação da defesa (fls. 46/72) e da correspondente informação fiscal (fls. 83/84), que acatou em parte as razões do autuado e refez o demonstrativo da Infração 02, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente em parte o Auto de Infração, determinando que o autuado fosse intimado a fim de efetuar o pagamento do importo no valor de R\$139.082,00, prevista no inciso VII, alíneas “a” e “b” do artigo 42, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

A infração 1 foi expressamente reconhecida pelo sujeito passivo. Este item é, portanto, totalmente procedente.

A infração 2, foi objeto de ajuste, atendendo-se às disposições do art. 100, § 2º, do RICMS/97, que prevê o estorno proporcional do crédito fiscal nas saídas com redução de base de cálculo. O caso em exame envolve as operações beneficiadas pelo Decreto nº 7799/00 (atacadistas). Por ocasião da elaboração dos demonstrativos em que se fundamenta a infração o autuante não observou a regra retro-citada, apurando valor maior que o devido. Este fato foi reconhecido na informação fiscal.

O valor do débito foi ajustado conforme tabela abaixo:

Data Ocorr.	Data Venc.	ICMS após revisão
31/01/2010	09/02/2010	R\$ 9.873,69
28/02/2010	09/03/2010	R\$ 4.278,66
31/03/2010	09/04/2010	R\$ 8.247,89
30/04/2010	09/05/2010	R\$ 9.981,83
31/05/2010	09/06/2010	R\$ 9.799,09
30/06/2010	09/07/2010	R\$ 14.629,09
31/07/2010	09/08/2010	R\$ 12.319,57
31/08/2010	09/09/2010	R\$ 12.121,94
30/09/2010	09/10/2010	R\$ 12.328,84
31/10/2010	09/11/2010	R\$ 20.942,57
30/11/2010	09/12/2010	R\$ 10.090,23
31/12/2010	09/01/2011	R\$ 14.224,61
TOTAL		R\$ 138.838,01

A infração 2, após revisão fiscal, foi reduzida de R\$ 155.969,89 para R\$ 138.838,01.

O contribuinte foi cientificado acerca do resultado operado na revisão, porém não apresentou contra razões.

Considerando a disposição expressa na norma contida no RICMS a infração 2 é procedente em parte.

Relativamente à infração 3 vislumbro nulidade do levantamento fiscal. O próprio autuante informa que os registros do SINTEGRA, em especial, o registro 75 apresentavam incorreções, que ensejaram a lavratura de intimação visando a adoção de medidas corretivas.

Concedido o prazo de 30 (trinta) dias para a correção dos arquivos, o contribuinte permaneceu omissos. Todavia, o autuante, mesmo sabendo que os arquivos apresentavam distorções que não foram corrigidas pelo sujeito passivo, se valeu das informações ali registradas para elaborar o levantamento fiscal relativo a erro na aplicação das alíquotas, para o exercício de 2010.

Na fase de defesa o contribuinte, por amostragem revelou as distorções quanto ao produto LC UMED TOILET BABY BALDE.

No caso em exame, o levantamento fiscal não pode ser validado visto que elaborado numa base de dados que o próprio autuante considerou distorcida, conforme intimação juntada à fl. 82 do PAF, datada de 15/07/13, fato constatado pelo próprio somente após a lavratura do Auto de Infração.

O caso comportaria a aplicação de penalidade prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “i” com a seguinte redação:

Art. 42, inc. XIII-A, i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Considero, o item 3 do Auto de Infração eivado de NULIDADE, pelas razões acima expostas, razão pela qual o procedimento fiscal deve ser renovado a salvo das falhas apontadas. Enquadramento do fato nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, visto que o lançamento não apresenta elementos suficientes para se determinar, com segurança a imputação fiscal.

Frente ao acima exposto julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, recomendando à autoridade fiscal competente que determine a renovação da ação fiscal em relação ao item anulado (item 3 do Auto de Infração).

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrida:

- I. Julgou inteiramente procedente a infração 1, uma vez que expressamente reconhecido pelo Recorrente.
- II. Quanto à infração 2, considerou parcialmente procedente, uma vez verificada a falta da aplicação da proporcionalidade, bem como a realização da revisão fiscal do valor do débito

(de R\$ 155.969,89 para R\$ 138.838,01) feito pelo fiscal autuante em sede de Informação Fiscal, sem qualquer questionamento posterior do autuado.

- III. No que tange a infração 3, vislumbrou a nulidade do levantamento fiscal, considerando que o mesmo não poderia ser validado visto que elaborado numa base de dados que o próprio autuante considerou distorcida. Entendeu que os erros cometidos pelo contribuinte ensejariam a prática de infração e aplicação de penalidade diversa, e determina a renovação da ação fiscal no que concerne ao item 3 anulado.

Em razão da desoneração procedida, os autos foram remetidos para esta Câmara de Julgamento Fiscal para análise do **Recurso de Ofício**, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário**, em que mistura razões de preliminar e de mérito, e que de forma absolutamente genérica alega que:

- i. O Auto de Infração é NULO por não fazer constar *a enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora Impugnante, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa;*
- ii. A Nulidade da Infração 2 por alegar que o próprio autuante confirma ter realizado uma série de erros e equívocos, e que a nulidade da Infração 3 apenas comprova que o mesmo não apurou devidamente o lançamento;
- iii. Defende a necessidade da realização de diligência ou perícia para em busca da verdade material, apurar a aplicação correta da proporcionalidade quanto à Infração 02, confrontando a revisão feita pelo agente fiscal e acatada pela JJF, contra a qual ele sequer se manifestou á época.

Em Parecer, a PGE/PROFIS opinou pela inexistência de nulidades no lançamento, considerou suficiente à caracterização da infração as provas documentais acostadas e entendeu que o Recorrente não apresentou quaisquer argumentos jurídicos capazes de alterar o lançamento. Desta feita, conclui pelo não provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, passo à análise do Recurso de Ofício perpetrado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, em face da desoneração parcial ocorrida quanto à Infração 2, e total da Infração 3.

Compulsando o presente PAF, entendo assistir razão aos julgadores de piso.

No que se refere à Infração 2, o ajuste realizado atendeu às disposições do art. 100, § 2º, do RICMS/97, que prevê o estorno proporcional do crédito fiscal nas saídas com redução de base de cálculo. Isto porque, o caso em exame envolve as operações beneficiadas pelo Decreto nº 7799/00 (atacadistas).

Por ocasião da elaboração dos demonstrativos em que se fundamenta a infração o autuante não observou a regra supra-citada, apurando valor maior que o devido. Tal fato foi reconhecido pelo agente fiscal que procedeu à revisão que apresentou em sede de informação fiscal.

Assim, entendo ter sido correta a Decisão recorrida.

No que se refere à Infração 3, a JJF julgou Nula em razão de que as alegações defensivas e as próprias razões apresentadas pelo agente autuante confirmam que este apurou a infração que consiste em recolhimento a menor de ICMS por erro na aplicação da alíquota cabível com base em dados de informações do SINTEGRA, que ele mesmo sabia estarem incorretas, conforme se demonstra da intimação juntada à fl. 82 do PAF, datada de 15/07/13.

Veja que o próprio autuante informa que o registro 75 do SINTEGRA, apresentava incorreção, que ensejaram a lavratura de intimação visando a adoção de medidas corretivas, a qual fora descumprida pelo autuado.

Como bem asseverado pelos julgadores de piso, *o autuante, mesmo sabendo que os arquivos apresentavam distorções que não foram corrigidas pelo sujeito passivo, se valeu das*

informações ali registradas para elaborar o levantamento fiscal relativo a erro na aplicação das alíquotas, para o exercício de 2010.

Em sede de impugnação, o próprio autuado trouxe aos autos, de forma exemplificativa, o caso do produto LC UMED TOILET BABY BALDE, que apresentava distorções, uma vez que cadastrado em vários códigos distintos. E mesmo sabendo disso, o agente autuante procedeu ao lançamento, e defende sua atuação alegando que o fez com base em informações apresentadas pelo próprio autuado, e que ele não poderia se beneficiar pelos próprios erros.

Ocorre que, o caso comportaria a aplicação de penalidade prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “i”, razão pela qual o próprio julgador de piso, ao decretar a Nulidade da Infração 3, determinou o refazimento da ação fiscal relativa a este fato, com o correto enquadramento.

Outrossim, as próprias planilhas apresentadas pelo agente autuante, no tocante a esta infração são incompreensíveis, não se podendo apurar, com grau de certeza, a infração imputada por ele.

Assim, por tudo quanto o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do RECURSO DE OFÍCIO.

No que se refere ao Recurso Voluntário apresentado, em sede de preliminar, o Recorrente fundamenta suposta nulidade absoluta, em razão da ocorrência de suposto vício insanável, consistente na falta de enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, ora recorrente, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

A suposta nulidade decorreria de suposta infração ao inc. VII, art. 39 do Decreto n. 7.629/1999 (RPAF/BA), em razão de o Auto de Infração apenas informar que “*O Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou **redução de multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito***”.

Sustenta o Recorrente que deveriam restar discriminadas, detalhadamente, todas as situações e quais as reduções a que o débito estaria sujeito em face do pagamento antecipado, o que teria desrespeitado os princípios da ampla defesa, contraditório, dentre outros.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. O inc. VII do art. 30 do RPAF não impõe a necessidade de detalhar, situação a situação, da redução das multas, até porque essas situações estão sujeitas a constantes alterações e, inclusive, a existência de parcelamentos especiais com condições mais benéficas ao contribuinte.

Ao indicar que a penalidade poderia ser reduzida em razão do pagamento antecipado, o requisito previsto no inc. VII do art. 39 do RPAF/BA fora cumprido, uma vez que, em havendo interesse ou reconhecimento do débito, cabe ao interessado procurar a Fazenda Estadual para promover o referido pagamento, **exatamente como optou fazer ao reconhecer a procedência da Infração 1.**

Ademais, entendo que o lançamento está revestido das formalidades legais exigidas, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

No que se refere ao pedido de conversão do julgamento em diligência para realização de perícia também entendo não assistir razão ao Recorrente, entendo que os dados e documentos constantes no presente processo são suficientes para firmar entendimento, e o processo encontra-se pronto para julgamento.

Outrossim, cumpre ressaltar que, apenas em sede de Recurso Voluntário o autuado sustentou a necessidade de realização de perícia, uma vez que em sede de impugnação, o seu pedido de aplicação da proporcionalidade quanto à Infração 2 foi acatado, o agente fiscal revisou o lançamento, apresentou informação fiscal, e contra ela o Recorrente sequer se manifestou.

Mesmo assim, apesar de abrir tópico específico em sede Recursal, o recorrente formula pedido genérico, aduzindo que os cálculos são complexos e que a perícia seria necessária para se analisar os cálculos apresentados pelo autuante, contra os quais, repito, intimado a se manifestar, nada aduziu.

Ademais, todos os fatos concretos aduzidos em sede de impugnação, no que se refere à falta de aplicação da proporcionalidade foram devidamente analisadas, e feito o levantamento fiscal pelo próprio autuante, o que provocou a redução da infração de R\$ 155.969,89 para R\$ 138.838,01.

Por esses fundamentos, rejeito o pedido de conversão do julgamento em diligência.

Por último, sustenta o Recorrente uma suposta nulidade da Infração 2, uma vez que, segundo ele, a apuração inicial incorreta foi um patente erro na construção do lançamento, razão pela qual levaria à nulidade integral da Infração.

Aduz que os equívocos cometidos e reconhecidos pelo próprio agente fiscal, que acarretou na revisão de lançamento apresentada em sede de Informação Fiscal, sobre a qual o recorrente devidamente intimado não se manifestou, acabou por viciar e macular a validade de toda a Infração.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. A prática da infração está comprovada, a capitulação legal correta, o roteiro de fiscalização adotado foi o adequado. Ocorre que, o agente fiscal deixou de proceder à aplicação da proporcionalidade, ao não observar que o caso em exame envolve as operações beneficiadas pelo Decreto nº 7799/00 (atacadistas), o que enseja, nos termos do art. 100, § 2º, do RICMS/97, o estorno proporcional do crédito fiscal nas saídas com redução de base de cálculo. Trata-se, portanto, de uma incorreção formal, que nos termos do §1º. do art. 18 do RPAF/BA não acarreta em nulidade do lançamento, senão vejamos:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Desta forma, absolutamente aplicável o §1º. do art. 18 do RPAF/BA, razão pela qual não assiste razão ao Recorrente.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **279463.0009/13-2**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$139.082,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas apontadas na infração 3, visto que o lançamento não apresenta elementos suficientes para se determinar, com segurança a imputação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS