

PROCESSO	- A. I. Nº 278936.0020/13-2
RECORRENTE	- CABRAL & SOUSA LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 2ªJJF Nº 0132-02/14
ORIGEM	- IFEP SUL – DAT SUL
INTERNET	- 04.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/14

EMENTA: **EMENTA:** ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS PARA ESTABELECIMENTOS DESABILITADOS. DECRETO 7.799/00. O exame dos extratos de situação cadastral anexados ao processo é revelador de que os destinatários das operações autuadas se encontravam inaptos, em conformidade com o que afirma o auditor diligente. Infração caracterizada. É dever do contribuinte verificar a condição cadastral dos seus compradores como condição para aplicação da redução de base de cálculo do Decreto 7799/00. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERNAS. DESTINATÁRIOS NÃO INSCRITOS. O exame dos extratos de situação cadastral anexados ao processo é revelador de que os destinatários das operações autuadas se encontravam inaptos. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. OPERAÇÕES DE DEVOLUÇÃO COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À DAS RESPECTIVAS SAÍDAS. FALTA DE ESTORNO. DECRETO 7.799/00. Nas devoluções de mercadorias, cujas saídas anteriores respectivas ocorreram com redução da base de cálculo, impõe-se a limitação do crédito, em adequação ao ICMS incidente nas saídas. Infração não contestada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 08/07/2014 que julgou, por unanimidade, **PROCEDENTE** o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2013, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 54.565,91 (cinquenta e quatro mil quinhentos e sessenta e cinco reais e noventa e um centavos), em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações.

O contribuinte reconheceu a procedência das infrações 01 e 02, efetuando o pagamento das mesmas, conforme os documentos de fls. 87/89, recorrendo, portanto, tão somente das Infrações 03, 04 e 05:

Infração 03. RV – Recolheu a menor ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Vendas para Contribuintes Desabilitados. Valor da infração de R\$10.299,06. Multa de 60% do valor do imposto

Infração 04. RV – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado não

inscritos no CAD-ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor da infração de R\$4.065,14. Multa de 60% do valor do imposto

Infração 05. RV – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, no mês de fevereiro de 2011. Valor da infração R\$5.304,85. Multa de 60% sobre o valor do imposto. Consta que “utilizou crédito fiscal maior que 10%, referente à entrada em devolução, de mercadorias cuja saída interestadual se deu com redução do débito fiscal no percentual de 41,667%, conforme Decreto 7.799/2000”.

O autuado apresentou impugnação ao auto de infração (fls.75/78), alegando preliminarmente a nulidade do Auto por cerceamento de defesa, devido ao descumprimento do art. 46 do RPAF/99.

Arguiu ainda, de forma genérica que efetuou o recolhimento do tributo fora efetuado de acordo com o cronograma da Secretaria Estadual da Fazenda, no dia 25 de cada mês. Por fim, apontou que o levantamento fiscal fora elaborado com base em presunções sem validade fática. Alegou ainda que a aplicação da base de cálculo e das alíquotas referentes às infrações não levaram em conta as especificidades de cada mercadoria.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls.83/84), mantendo o Auto de Infração em todos os seus termos.

Em seguida o processo fora convertido em diligência ao autuante, para que o mesmo refizesse os demonstrativos incluindo campo com a indicação da razão social dos compradores inabilitados, bem como que procedesse à juntada das respectivas notas fiscais e detalhamento da situação cadastral do INC. A referida diligência foi concluída por agente estranho ao feito, que procedeu à adequação da planilha e juntada dos documentos solicitados.

Tomando ciência do resultado da diligência, o contribuinte apresentou novas considerações (fls. 342/344), em que afirma que a diligência foi feita de forma *simplória* e contesta o fato da diligência ter sido feita pelo próprio autuante, requerendo ainda seja realizada diligência à ASTEC.

O autuante presta uma segunda informação fiscal (fls.347), em que afirma ter atendido de forma integral a solicitação da junta, e reafirmando que a mesma fora realizada por fiscal estranho ao feito, uma vez que fora realizada pelo auditor Erivelto Lopes CAD 13.295.308-6.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar por unanimidade, procedente o auto de infração nº 278936.0020/13-2, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$54.565,91, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, “e” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo o imposto, a multa e sua base de cálculo sido apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito elaborados (folhas 08, 11 a 33, e 44 a 59), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à alegação de que não foram entregues cópias de todos os termos e demonstrativos elaborados, noto que a alegação da autuada conflita com as provas constantes do processo, pois os termos constantes às folhas 63 e 64 do presente processo evidenciam que foram entregues os arquivos eletrônicos e os demonstrativos de débito à Gerente do estabelecimento, identificada pelo nome de Ana Carla Ferraz, representante da autuada conforme procuração anexada à folha 70. Assim, não há como dar guarida à alegação de nulidade por cerceamento de direito de defesa suscitada.

Quanto à ausência de prova da situação cadastral dos destinatários das operações relativas às infrações 03 e 04, a diligência realizada supriu tal lacuna, não mais existindo motivos para prosperar a alegação de que houve cerceamento do direito de defesa da impugnante.

Ainda em sede de preliminares, quanto à alegação de nulidade da diligência realizada, ao fundamento de que o autuante não teria isenção para fazê-la, é importante que se diga que tal solicitação não requereu qualquer ato de cognição por parte do diligente, mas apenas atos executórios complementares ao procedimento fiscal já iniciado, consistente em anexação dos extratos cadastrais dos destinatários das operações julgadas. Por conseguinte, dispensa a presença de um auditor estranho ao feito, bem como inexige imparcialidade para fazê-lo. Ademais, é possível constatar que o procedimento em comento foi realizado pelo Auditor Fiscal Erivelto Antônio Lopes, e não pelo autuante, conforme folha 93.

Por todos os motivos expostos, afasto as alegações de nulidade suscitadas.

No mérito, quanto às infrações 01 e 02, é possível constatar que a autuada acatou o lançamento efetuado, reconhecendo o crédito reclamado, conforme consta da sua defesa, à folha 75, cujo trecho reproduzo abaixo.

“Em relação às infrações 01 e 02 deixamos de descrever e tecer comentários pois reconhecemos o crédito reclamado o qual solicitamos o DAE (documento de Arrecadação Estadual) para recolhimento.”

Assim, deixa de haver questão controvertida no que se refere a essas duas infrações. Dou por procedente o lançamento fiscal efetuado.

Quanto à infração 03, a autuada contesta a infração sob a alegação de que não há, no processo, provas de que os destinatários estavam desabilitados. Após a anexação dos extratos de situação cadastral (folhas 93 a 337) pelo auditor diligente, a autuada manteve-se inconformada com o lançamento, agora com novas alegações, tais como “... o crédito deveria ser reclamado apenas sobre a MVA ...” e “... deveria subtrair os valores já recolhidos ...”, além de “... seriam excluídas as mercadorias não tributadas ...”.

Ora, o exame dos extratos de situação cadastral anexados ao processo é revelador de que os destinatários das operações autuadas se encontravam inaptos, em conformidade com o que afirma o auditor diligente à folha 93, cujo trecho vai destacado a seguir.

“Constatamos que todos os destinatários informados estavam com a sua Inscrição Estadual irregular na data de emissão da Nota Fiscal pelo autuado.”

Quanto às alegações posteriores suscitadas pela impugnante, observa-se que não merecem guarida pois o Demonstrativo de Vendas para Contribuintes Desabilitados (folhas 20 a 32) revela que os valores do débito apurado foram obtidos a partir da diferença entre o ICMS apurado (coluna “J”) e o ICMS recolhido (coluna “C”), o que resultou na “coluna “L” (DIF), conforme se depreende da leitura do relatório citado.

Não tem sentido, portanto, falar-se em operações isentas, pois todos os documentos listados contém destaque no imposto, dando a entender que foram autuadas apenas as operações tributadas.

Assim, entendo que não merece reparo o procedimento fiscal neste ponto, estando caracterizada a infração 03.

Quanto à infração 04, a autuada se opõe ao lançamento sob a alegação de que os produtos objetos das operações não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme se pode depreender de trecho da sua defesa, abaixo reproduzido.

“... os produtos não são obrigados à retenção, pois eles são obrigados ao seu recolhimento por substituição de acordo cronograma da Secretaria Estadual da Fazenda todo dia 25 de cada mês. ...”

Em sua informação fiscal, o autuante esclarece que a infração deveu-se ao fato de os destinatários das operações estarem em situação irregular, ou serem não inscritos, conforme trecho destacado a seguir.

“Informo que a cobrança do imposto da infração 04 surge devido à obrigação de se reter o ICMS nas saídas para destinatários não inscritos ou com situação irregular no cadastro.”

Após a anexação dos extratos de situação cadastral (folhas 93 a 337) já referidos, a impugnante manteve-se inconformada com o lançamento, aduzindo novas alegações, conforme já citado ao analisar a infração 03 acima.

Conforme já dito, a diligência atesta que todos os destinatários listados encontram-se em situação de inaptidão, fato que não foi sequer contestado pela autuada, mesmo tendo duas oportunidades de se manifestar sobre as provas. Entendo, por isso, que a presente infração se encontra caracterizada.

Quanto à infração 05, a autuada contesta, afirmando que os valores são irreais e que o levantamento apresenta falhas, especificamente, aponta o suposto equívoco de uso de alíquota única, conforme trecho destacado abaixo.

“Outrossim, o Autuado quando da aplicação da Base de Cálculo e das alíquotas das supostas infrações utilizou uma única, sem contudo observar as mercadorias com Base de cálculo reduzida as substituídas, e as que são efetuadas (sic) o recolhimento por substituição no dias (sic) 25 de cada mês, e as com alíquotas de 7% e 12 %, ...”

Em sua informação fiscal, o autuante informa que o crédito utilizado a maior refere-se à entrada em devolução de um produto que foi vendido com uma carga tributária de 10%, conforme trecho de sua peça processual, abaixo reproduzida.

“... informo que o crédito utilizado a maior refere-se à entrada em devolução de um produto que foi vendido com carga tributária de 10% do valor do produto e conseqüentemente quando houve a devolução desta venda, o crédito a ser utilizado seria o correspondente a mesma carga tributária, ou seja, carga tributária de 10% do valor do produto.”

Em sua segunda manifestação no processo (folhas 342 a 344), a impugnante nada mais fala a respeito.

O Exame do Demonstrativo do Estorno de Crédito – Devolução (folha 59) revela que o estorno de crédito lançado teve como objetivo adequar o crédito nas operações de devolução à redução da base de cálculo ocorrida quando das saídas anteriores. Para tal, o autuante limitou-se ao desfazimento do débito conforme se pode depreender da leitura do relatório citado à folha 59, em sua coluna “ESTORNO DE 16,667%”. Como não há, por parte da autuada, nenhuma impugnação especificada, entendo que restou caracterizada a infração 05.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o presente auto de infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ª JfF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) No que concerne à alegação de cerceamento de defesa por falta de cópias dos termos e demonstrativos, refutou a Junta, por verificar a presença dos documentos de fls. 63/64 que atestam a entrega dos arquivos eletrônicos e os demonstrativos de débito ao Gerente do estabelecimento;
- b) Quanto à arguição de ausência de prova da situação cadastral dos destinatários das operações relativas às infrações 03 e 04, entendeu a Junta que a diligência realizada supriu tal lacuna;
- c) Em relação ao pedido de diligência à ASTEC, indeferiu a Junta, por entender que não houve cognição no procedimento realizado, tão somente houve a complementação dos atos já realizados, além do que a mesma foi feita por fiscal estranho ao feito;
- d) Relativamente à contestação de que na infração 03 não havia provas de que os destinatários estavam desabilitados, demonstrou a junta que tal omissão fora suprida na diligência, mantendo assim o referido lançamento em sua totalidade;
- e) Em relação à oposição ao 4º lançamento sob a alegação de que os produtos objeto não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, refutou-o com a alegação de que a infração referida surgiu pela dever de reter o ICMS nas saídas para destinatários não inscritos ou irregulares;
- f) Da mesma forma rejeitou a alegação de que na infração 05, o Auto de Infração teria apresentado falhas, além de ter sido aplicada base de cálculo e alíquota únicas, sem observar as especificidades das mercadorias. A Junta o fez com o

argumento de que o estorno de crédito lançado teve como objetivo adequar o crédito nas operações de devolução à redução da base de cálculo ocorrida quando das saídas anteriores.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 367/371)** em relação à decisão da junta e, apesar de fazer referência à contestação das Infrações 3, 4 e 5, nada alega quanto à Infração 05. Aduz em seu recurso:

- i. *que o Estado da Bahia exige, que o contribuinte verifique a situação cadastral dos destinatários das operações, quando tais supostas infrações foram ocasionadas, entretanto o Recorrente esperava que o Estado fosse dar cumprimento à legislação tributária, denegando notas fiscais eventualmente emitidas para contribuintes em situação irregular;*
- ii. *que o art. 231-G, II, "b", do RICMS 1997 dispunha que a irregularidade fiscal da empresa destinatária sediada na Bahia ocasionaria a denegação da nota fiscal eletrônica;*
- iii. *que foi levada a crer, pela própria Fazenda, que os destinatários das mercadorias se encontravam em situação de regularidade cadastral e, justamente por esta razão, aplicou a redução de base de cálculo às operações de saída e deixou de recolher o ICMS ST – obrigatório apenas nas saídas para contribuintes em situação de irregularidade cadastral. Agiu fundamentado no princípio da boa-fé, confiando nos atos da própria Administração Pública.*
- iv. *que requer a manifestação da PGE/PROFIS e que seja julgado improcedente.*

O Conselheiro Fernando Antônio Brito Araújo nesta assentada se declara impedido em razão de ter participado do julgamento de piso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 08/07/2014 que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2013, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 54.565,91 (cinquenta e quatro mil quinhentos e sessenta e cinco reais e noventa e um centavos), em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações.

O contribuinte reconheceu a procedência das infrações 01 e 02, efetuando o pagamento das mesmas, conforme os documentos de fls. 87/89, recorrendo, portanto, tão somente das Infrações 03, 04 e 05.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, apesar de o recorrente citar no início de seu recurso que recorre das três infrações remanescentes, quanto à Infração 05 nada alega. Desta feita, entendendo restar incontroverso o fato, a teor do que dispõe os arts. 140 e 143 do RPAF:

***Art. 140.** O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

***Art. 143.** A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Assim, entendo que a Infração 05 não foi contestada e, portanto, não é objeto do presente Recurso Voluntário.

As infrações 03 e 04 se relacionam basicamente com o recolhimento a menor de ICMS em razão da aplicação indevida do benefício previsto no Decreto 7799/00 nas vendas realizadas para contribuintes desabilitados (Infração 03), e falta de antecipação tributária do ICMS nas vendas realizadas para contribuintes desabilitados (Infração 04). Portanto, as infrações são diretamente relacionadas.

Da análise dos autos vejo que o Recorrente não contesta a realização das operações, razão pela qual a única questão a ser analisada é se, efetivamente, no momento das operações de venda pelo Recorrente, os adquirentes realmente estavam desabilitados.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a peça Recursal apresentada é cópia idêntica do Recurso Voluntário apresentado no AI 278936.0019/13-4, também de minha relatoria.

Cumpre ressaltar que o Recorrente em seu pedido requer manifestação formal da PGE/PROFIS sobre a questão. Além de não ser hipótese legalmente prevista no RPAF, uma vez que, após o pagamento procedido quanto às Infrações 01 e 02, o valor discutido em sede recursal é inferior ao limite legal, entendo não ser necessária manifestação formal da PGE sobre a questão, por estarem presentes todos os elementos necessários para deslinde do feito.

Outrossim, a manifestação oral do Representante da PGE/PROFIS Dr. José Augusto Martins Júnior presente nesta assentada de julgamento, opinando pelo não provimento do Recurso Voluntário supre tal pedido.

No mérito, vejo que o recorrente não alega absolutamente nada que possa elidir o presente lançamento. Na verdade, ele não contesta o fato de que as vendas foram realizadas para contribuintes inaptos ou não contribuintes do ICMS. Desta feita, entendo restar aplicáveis os já citados arts. 140 e 143 do RPAF.

Sua tese de defesa se resume à sua boa fé ao acreditar que ao emitir a NFe para um contribuinte inapto ou não contribuinte, deveria a SEFAZ denegar a emissão do respectivo documento fiscal, pois seria sua função fiscalizar a regularidade das empresas.

Desta feita, entende que se a NFe foi permitida, presume-se a regularidade das partes envolvidas. Tão somente isso.

Entendo que as razões de recurso não merecem acolhimento. Além de contestarem genericamente o lançamento, não apresentam nenhum argumento jurídico capaz de macular a validade do mesmo.

O benefício da redução de base de cálculo previsto no Dec. 7.799/00 por se tratar de benefício fiscal deve ter sua interpretação restritiva e, da leitura do mesmo, resta patente que o benefício é condicionado às operações de saídas internas têm destinadas a contribuintes inscritos no Estado da Bahia.

Desta forma, por se tratar de benefício, o Recorrente não estaria obrigado a fazer jus do mesmo, mas optando por ele se obriga às condições previstas em lei.

Se não quisesse ter esta obrigação, bastaria não aderir às regras previstas no respectivo decreto, razão pela qual caberia a este a análise da regularidade cadastral dos seus adquirentes.

Por sua vez, prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Logo, o contribuinte autuado estava obrigado, por determinação legal expressa, a verificar a situação cadastral dos seus clientes, pois a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 é condicionada a que, dentre outras exigências, as operações de saídas sejam destinadas a “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”.

Portanto, a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 aplica-se nas saídas destinadas a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da

Bahia, cabendo ao contribuinte verificar a condição cadastral do adquirente da mercadoria, consoante determina o art. 142 do RICMS/BA, entendo que a infração restou caracterizada.

A posição deste CONSEF é pacífica quanto ao caso em apreço, a exemplo do ACÓRDÃO CJP Nº 0029-12/14, de minha relatoria, bem como os Acórdãos JJP Nº 0288-03/13, JJP Nº 0259-01/13, JJP Nº 0026-02/12, CJP Nº 0183-12/13.

Assim, diante de tudo quanto o exposto, entendo que restaram caracterizadas a Infração 03 e por consequência a Infração 04, razão pela qual entendo que a decisão de piso não merece ser reformada.

Desta feita, voto pelo NÃO PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 278936.0020/13-2**, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.565,91**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, “e” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS